الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم

"دراسة في الفقه الإسلامي"

إعداد الدكتور/ حسين محروس قنديل
أستاذ مساعد قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق- جامعة عين شمس

الملخص

إن عملية التحكيم في صورتها الفقهية – والقانونية كذلك– تسعى إلى تحقيق العديد من الأهداف:

من هذه الأهداف أنها تسعى إلى تسهيل وسرعة حل المنازعات التي تحدث بين الخصوم وذلك من خلال اللجوء إلى وسيلة سلمية بعيدة عن ساحات القضاء, فيلجأ الأشخاص إلى التحكيم رغبة منهم إلى سرعة الفصل في المنازعة, وهم في سبيل هذا يلجأون إلى شخص المحكم لتوفر عدة اعتبارات:

فقد يكون لجوؤهم إلى شخص المحكم راجعاً إلى توفر صفات معينة في شخص المحكم أو لثقتهم فيه في حل المنازعة, وللخصوم كامل الحرية في اختيار المحكم الذي يقوم بالفصل في المنازعة حيث تتوفر فيه الصفات والاعتبارات الشخصية التي قصدها الخصوم.

وقد أوضحت من خلال هذه الدراسة عدداً من النقاط منها التي تتعلق بالاعتبار الشخصي منها : أن عنصر الاعتبار الشخصي في عملية التحكيم يعد عنصراً أساسياً في اختيار المحكم الذي تتوفر فيه الاعتبارات الشخصية التي تدفع الأطراف المتنازعة إلى اللجوء إلى شخص **هذا المحكم**, وفي المقابل أنه يحق للخصوم مجتمعين كامل الحرية في إنهاء عملية التحكيم إذا تخلف عنصر الاعتبار الشخصي في شخص المحكم, كما أن الغلط في شخص المحكم قد يؤثر على عملية التحكيم برمتها فيكون للخصوم الحق في إنهاء التحكيم إذا تبين الغلط في شخص المحكم.

ولقد أوضحت من خلال هذه الدراسة أيضاً أن الاعتبار الشخصي ليس قاصراً فقط على شخص المحكم وعلى كيفية اختياره بل إنه يمتد إلى أشخاص الأطراف المتنازعة ويظهر هذا جلياً في أثر حكم التحكيم الصادر من المحكم وحجيته بالنسبة للأطراف المتنازعة وللغير كذلك.

ولقد حاولت توضيح وإظهار عنصر الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم مستعيناً في ذلك بأقوال الفقهاء وأرائهم حتى أستطيع ولو بقدر بسيط الإلمام بعنصر الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم, ودوره في عملية التحكيم ذاتها, وفي اثار المترتبة على هذا الاعتبار, وكان هذا في فصلين:

تناولت في الفصل الأول دور الاعتبار الشخصي في اختيار المحكم, وتناولت في الفصل الثاني دور الاعتبار الشخصي في الأثار المترتبة على عملية التحكيم.

Abstract

The arbitration process in its jurisprudential form – as well as its legal form – seeks to achieve several goals:

One of these goals is that it seeks to facilitate and speed up the resolution of disputes that occur between opponents by resorting to a peaceful means far from the courts. People resort to arbitration out of their desire to quickly resolve the dispute. For this purpose, they resort to the person of the arbitrator due to several considerations:

Their resort to the person of the arbitrator may be due to the availability of certain qualities in the person of the arbitrator or to their trust in him to resolve the dispute, and the opponents have complete freedom to choose the arbitrator who will decide the dispute as he possesses the qualities and personal considerations that the opponents intended.

Through this study, I have clarified a number of points, including those related to personal consideration, including: that the element of personal consideration in the arbitration process is an essential element in choosing an arbitrator, in which there are personal considerations that prompt the disputing parties to resort to the person of this arbitrator, and in return, the opponents have the right Collectively, they have full freedom to terminate the arbitration process if the element of personal consideration in the person of the arbitrator is absent. Also, a mistake in the person of the arbitrator may affect the entire arbitration process, so the opponents have

the right to terminate the arbitration if the mistake in the person of the arbitrator becomes clear.

I have also made clear through this study that personal consideration is not limited only to the person of the arbitrator and how he is chosen, but rather extends to the persons of the disputing parties, and this is clearly evident in the effect of the arbitration award issued by the arbitrator and its validity for the disputing parties and for others as well.

I have tried to clarify and demonstrate the element of personal consideration in the field of arbitration, using the sayings and opinions of jurists so that I can, even to a small extent, become familiar with the element of personal consideration in the field of arbitration, its role in the arbitration process itself, and the effects resulting from this consideration. This was in two chapters:

In the first chapter, I discussed the role of personal consideration in choosing an arbitrator, and in the second chapter, I discussed the role of personal consideration in the effects of the arbitration process.

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونشكره ونستعينه ونستغفره ونصلي ونسلم على أشرف الخلق وحبيب الحق محمد بن عبد الله نبيه ورسوله الذي اصطفاه وأرسله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره الكافرون والمشركون.

أمابعد،،

فإن الله عز وجل خلق الإنسان وجعله كائناً اجتماعياً يتعامل مع غيره من بني جنسه بكآفة التعاملات سواء أكان هذا التعامل بيعاً وشراءً أو أخذاً وإعطاءً؛ ولكثرة التعاملات التي تحدث بين الناس قد تثور – بل تثور فعلاً – العديد من المنازعات التي تنشأ بسبب هذه التعاملات فيتنازع الناس فيما بينهم معتقداً كل طرف أنه على الحق ,من هنا كان لابد من وجود أنظمة وطرق لفض هذه المنازعات .

فوجدت أنظمة تتبع الدولة وتتمثل في القضاء, كما وجدت أنظمة أخرى يرتضيها الناس فيما بينهم لتحل التنازع فيما بينهم ويطلق على هذه الأنظمة الوسائل السلمية لحل المنازعات, ولقد تعددت هذه الوسائل ومن بين هذه الأنظمة وجد نظام التحكيم في حل المنازعات, فقد يتفق الخصوم على التحكيم لفض المنازعة التي قد تنشأ فيما بينهم دون اللجوء إلى القضاء العادي لما لنظام التحكيم من مزايا خاصة في جوانب عديدة خاصة فيما يتعلق بالمنازعات التجارية, وغيرها من المنازعات التي أثبت نظام التحكيم فيها كفاءة خاصة حيث يتميز بسرعة الفصل في الخصومة مقارنة بغيره من الأنظمة .

ولما كان التحكيم باعتباره وسيلة من الوسائل السلمية لفض المنازعات فإنه يقوم على عدد من الاعتبارات والشروط والإجراءات التي تتعلق به, ويتصف كذلك بعدد من الأوصاف الشرعية, ولما كان التحكيم في الأساس هو عقد يبرمه الخصوم لحل المنازعة التي تنشأ فيما بينهم, حيث إن الخصوم يلجؤون إلى شخص بعينه "وهو المحكم" ليقوم بالحكم فيما بينهم لحل المنازعة, وبذلك يكون لشخص المحكم أهمية واعتبار لدى الخصوم الذين يلجأون إليه لفض المنازعة.

فإذا اتصف التحكيم بهذه الصفة وهي كون شخصية المحكم ذات اعتبار لدى الخصوم فإن عقد التحكيم يعد من العقود الشخصية التي يقوم فيها الاعتبار الشخصي بدور كبير وهام في عملية التحكيم ذاتها.

هذا ولا يقتصر الاعتبار الشخصي في التحكيم على شخصية المحكم فحسب بل إن الاعتبار الشخصي يمتد كذلك للخصوم أنفسهم الذين يلجأون إلى التحكيم.

ويجسد الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم مبدأ حرية الإرادة من عدة نواحي منها :

- إن التحكيم في الأساس هو عقد من العقود يبرمه الأشخاص فيما بينهم لحل الخصومة التي نشأت بينهم, أو التي قد تنشأ بينهم [١], وهو من العقود التي تكون فيها شخصية أطرافها ذات اعتبار هام.
- إن الخصوم قد لجأوا إلى التحكيم – في الأعم الغالب– لثقتهم في شخص المحكم لنزاهته وعدالته في الفصل في المنازعة التي نشأت بينهم.
- إن العلاقة التي تربط فيما بين الخصوم والمحكم أساسها العقد الذي من خلاله تم اختيار المحكم ليفصل في الخصومة
- إن الأصل في الحكم الصادر من المحكم يكون حجة على الأشخاص الذين لجأوا إلى التحكيم دون غيرهم.

أهمية الدراسة:

تتضح أهمية الموضوع محل الدراسة في عدد من المظاهر منها :

- تنامي دور التحكيم في حل المنازعات المالية بصفة عامة.
- إن الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم يشكل عنصراً اساسياً في عملية التحكيم من عدة جوانب, وذلك من اختيار المحكم حيث يقوم الأطراف المتنازعة باختيار المحكم لتوفر صفات معينة فيه أو لثقتهم في شخص المحكم وهذا هو العماد في عملية التحكيم ذاتها, وفي الاعتبار الشخصي في المحكم.
- إن الاعتبار الشخصي في المحكم يشكل عنصراً اساسياً قد يؤدي الغلط فيه الى التأثير على عملية التحكيم ذاتها باعتبار أن شخصية المحكم ذات اعتبار لدى الخصوم.

---

(١) وهو ما يعرف لدى القانونيين بمشارطة التحكيم.

- إن الاعتبار الشخصي في عملية التحكيم لا يقتصر على شخص المحكم فقط بل إنه يمتد كذلك إلى الأطراف المتنازعة – الخصوم– الذين يعنى بهم التحكيم
- إن الاعتبار الشخصي له دور في الأثار المترتبة على التحكيم يظهر في حجية حكم التحكيم على الأطراف المتنازعة.

وسوف أحاول جاهداً في هذا البحث الإلمام بهذه النقاط وإظهار دور الفقه الإسلامي في هذا الموضوع في جوانبه المختلفة.

أسباب اختياري للموضوع:

يرجع أسباب اختياري لهذا الموضوع إلى عدد من الأسباب وذلك بجانب ما ذكرته في أهمية الدراسة وهي:

١– أهمية عملية التحكيم ذاتها باعتبار أن التحكيم يعد عقداً من العقود, إلا أن له طبيعة خاصة.

٢– أهمية الموضوع من عدة جوانب أهمها تعلقه بمبدأ هام وأصيل في الفقه الإسلامي وهو الاعتبار الشخصي للمتعاقد .

٣– ما يترتب على هذا المبدأ من أثار فقهية تتعلق بعملية التحكيم ذاتها, ولما لهذا المبدأ من أثار متنوعة.

٤– بيان مدى أهمية الاعتبار الشخصي للمحكم في عملية التحكيم, وما لها من أثار.

٥– بيان العلاقة بين الأطراف المتنازعة – الخصوم– والمحكم.

٦– عدم وجود دراسة فقهية متخصصة في هذا الموضوع – على قدر اطلاعي– مما يجعل البحث إضافة في الدراسة الفقهية الشرعية.

الهدف من الدراسة:

ولقد ابتغيت من هذه الدراسة عدداً من الأهداف

أولها: إظهار الأحكام الفقهية التي تتميز بها الشريعة الإسلامية في مجال المعاملات المالية عامة وفي مجالات التحكيم خاصة.

ثانيها: إظهار الضوابط والشروط التي تتعلق بالاعتبار الشخصي باعتباره موضوعا من الموضوعات الهامة في مجال التحكيم.

ثالثها: الإجابة على العديد من التساؤلات التي يثيرها البحث في مجال التحكيم, وما يتعلق بالاعتبار الشخصي في مجال التحكيم.

تساؤلات البحث :

ويثير هذا البحث العديد من التساؤلات منها:

-ما المقصود بالاعتبار الشخصي في عملية التحكيم, وما هو الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ؟

-ما هي الأهلية التي يلزم توفرها في المحتكم والمحكم؟

-ما هو التكييف الفقهي للمحكم, وما هي الشروط التي يجب توفرها فيه؟

-ما هي العلاقة التي تربط بين الخصوم والمحكم؟

-ما مدى الاعتبار الشخصي للمحكم في عملية التحكيم؟

-ما هي العناصر المكونة للاعتبار الشخصي في عملية التحكيم؟

-ما الأثر المترتب على تخلف الاعتبار الشخصي أو عنصر من العناصر النكونة له في الفقه الإسلامي؟

-ما أثر الغلط في شخص المحكم على عملية التحكيم؟

-هل تفويض المحكم غيره في مسألة من مسائل التحكيم يعد إخلالاً بمبدأ الاعتبار الشخصي؟

-هل يجوز للمحكم الاستعانة بغيره للفصل في الخصومة محل التحكيم, وما مدى جواز الاستعانة بالغير إن كان ذلك جائزاً؟

-ما هي الأثار التي تترتب على إعمال الاعتبار الشخصي في التحكيم؟

-ما هي الأثار التي تترتب على حكم التحكيم بالنسبة للأشخاص المتنازعة؟

منهج البحث:

ولقد اتبعت في هذا البحث عدداً من مناهج البحث وذلك لما يتفق مع طبيعة الموضوع محل الدراسة.

ولقد اتبعت ***المنهج التأصيلي*** : برد المسالة إلى أصلها الفقهي , مبيناً أقوال الفقهاء وما ذكروه في كتبهم الأصيلة, وكان هذا في العديد من المسائل التي ذكرتها في طيات البحث سواء أكان هذا في المتن أو في الهامش, وكذلك اتبعت ***ا لمنهج التحليلي:*** بتحليل المسألة محل الدراسة إلى عدد من النقاط التي تتفرع عنها, كما اتبعت ***المنهج المقارن*** في العديد من المسائل التي تعرضت لها في هذه الدراسة.

خطة البحث

ولقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة , وفصلين, وخاتمة.

فأما المقدمة : فقد عرضت فيها أهمية الموضوع, وأهم أسباب اختياري لهذا الموضوع , وأهم التساؤلات التي يثيرها الموضوع ومنهجي في الدراسة.

وأما الفصل الأول : فسأتناول فيه : **التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم**, وقد قسمته إلى مبحثين:

فأما المبحث الأول : فسأتناول فيه : **التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي وتأصيله الفقهي.**

وأما المبحث الثاني: فسأتناول فيه : **التعريف بالتحكيم وتكييفه الفقهي.**

وأما الفصل الثاني : فسأتناول فيه: **أثر الاعتبار الشخصي في التحكيم,** وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

فأما المبحث الأول : فسأتناول فيه : **إعمال الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم.**

وأما المبحث الثاني: فسأتناول فيه : **دور الاعتبار الشخصي في الأثار المترتبة على التحكيم.**

وأما المبحث الثالث: فسأتناول فيه **أثر فوات الاعتبار الشخصي على حكم التحكيم.**

وأما الخاتمة فسوف أتناول فيها أهم النتائج والتوصيات لهذه الدراسة.

الكلمات الدالة:

التحكيم: هو وسيلة لفض المنازعات بين المتخاصمين بالرضا.

المحكَم "يقصد به من تولى الفصل في النزاع بين المتخاصمين.

المحتكم:" هو من يلجأ إلى التحكيم للفصل في النزاع الذي ثار بينه وبين غيره .

الاعتبار الشخصي: ويقصد به أن شخصية المتعاقد – المحكم, والمحتكم ذات أهمية في عملية التحكيم.

الفصل الأول
التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم

تمهيد وتقسيم:

إن البحث في الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم يقتضي التعرف على مصطلحين هامين يدور البحث في فلكهما هذان المصطلحان هما:

أ- الاعتبار الشخصي ب- التحكيم.

ولقد خصصت هذا الفصل للتعرف على هذين المصطلحين حتى نتمكن من تحديد المفهوم لكل منهما وتكييفه الفقهي, وقسمت هذا الفصل إلى إلى مبحثين:

أتناول في المبحث الأول: التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي وتأصيله الفقهي, وأتناول في المبحث الثاني: التعريف بالتحكيم وتكييفه الفقهي.

المبحث الأول
التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي , وتأصيله الفقهي

تمهيد وتقسيم:

إن البحث في الاعتبار الشخصي في عملية التحكيم يقتضي التعرف أولاً على مبدأ الاعتبار الشخصي بصفة عامة, وبيان مدى أخذ الفقه الإسلامي بهذا المبدأ, وإيضاح القواعد الفقهية التي تتناول هذا المبدأ.

لذا قد خصصت هذا المبحث لبحث هذه النقاط, وقد قسمته إلى مطلبين :

المطلب الأول
التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي

إن التعريف بمبدأ الاعتبار الشخصي في المعاملات بوجه عام, والتحكيم بوجه خاص من المصطلحات الحديثة نسبياً سواء في الاصطلاحات الفقهية, وكذلك في الاصطلاحات القانونية, والتعرف على هذا المبدأ وبيان المقصود به يقتضي الوقوف عليه في اللغة, وفي اصطلاح الفقهاء وكذلك التعرض له عند أهل القانون.

التعرف على الاعتبار الشخصي في الفقه الإسلامي: إن التعرف على مبدأ الاعتبار الشخصي يقتضي الوقوف على تعريف كل كلمة منهما, ومن ثم سوف نتعرف على كلمة (الاعتبار), و(الشخص)

تعريف الاعتبار : في **اللغة:** الاعتبار على وزن افتعال, وهو مصدر الفعل اعتبر, والاعتبار له عدة معاني منها الاختبار والامتحان فتقول اعتبرت الدراهم فوجدتها ألفاً, ومنها الاتعاظ وهو التذكر بما مضى كما في قوله تعالى : **(فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ)** [٢], ومنه قوله تعالى **(إِنَّ فِي ذَلِكَ لَعِبْرَةً لِّأُوْلِي الأَبْصَارِ)**[٣], ومنه الاعتداد بالشيء في ترتيب الحكم فيقال الاعتبار بالعقب أي الاعتداد بالتقدم بالعقب, وهذا المعنى كثيراً ما يستعمله الفقهاء [٤].

***تعريف الشخص*:** في **اللغة:** الشخص : سواد الإنسان وغيره تراه من بعد, وفي الصحاح " من بعيد" وجمعه أشخص وشخوص وأشخاص. ويقال شَخَص كمَنَع شخوصا : ارتفع, وشخَص بصره : فتح عينيه وجعل لا يطرف[٥]؛ وعرف الشخص بأنه : "*كل جسم له ارتفاع وظهور, وغلب في الإنسان ويطلق عند الفلاسفة على الذات الواعية لكيانها المستقلة في إرادتها ومنه* "الشخص الأخلاقي" وهو من توافرت فيه صفات تؤهله للمشاركة العقلية والأخلاقية في مجتمع إنساني, والشخصي: أمر شخصي يخص إنسانا بعينه, والشخصية : صفات تميز الشخص من غيره [٦] .

---

(٢) سورة الحشر جزء من الآية رقم (٢)

(٣) سورة آل عمران جزء من الآية رقم (١٣), وسورة النور جزء من الآية رقم (٤٤).

(٤) المصباح المنير في شرح غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي, المكتبة العلمية, بيروت – لبنان, ج ٢, ص ٣٩٠," كتاب العين", المعجم الوسيط. : إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار, دار الدعوة, " تحقيق مجمع اللغة العربية",ج ٢, ص ٥٨٠" باب العين", لسان العرب : محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري, الطبعة الأولى, دار صادر – بيروت, ج ٤, ص ٥٢٩.

(٥) القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادي, ص ٨٠٢, "فصل الشين".

(٦) تاج العروس من جواهر القاموس:أبو الفيض مرتضى الزبيدي محمّد بن محمّد ابن عبد الرزّاق الحسيني، دار الهداية, ج ١٨, ص ٧, المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى وأخرون, مرجع سابق, ص ٤٧٥, "باب الشين"

المعنى الاصطلاحي للاعتبار الشخصي: لا يخرج المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء عن هذا المعنى اللغوي, حيث تناول الفقهاء معنى الاعتبار الشخصي في العديد من الفروع الفقهية في أبواب الفقه المختلفة التي تدل على معناه(٧)؛ إلا أنهم لم يضعوا له تعريفاً- قدر اطلاعي- بكونه مصطلحاً فقهياً

ولقد حاول جانب من الباحثين الذين تعرضوا لموضوع الاعتبار الشخصي في العقود وضع تعريف لمفهوم الاعتبار الشخصي فعرفوه بأنه:" *النظر إلى ذات المكلف والاعتداد بها على وجه الخصوص من حيث تعلق الأحكام الشرعية دون أن تطغى عليها الجماعية أو ضرورة التبعية*(٨) "

ويمكن تعريف الاعتبار الشخصي بأنه :" *الاعتداد بالشخص في ترتيب أحكام تتعلق به لذاته أو لتوفر صفات فيه تجعله محلاً لهذه الأحكام*"

المقصود بالاعتبار الشخصي في الفقه القانوني: إن فكرة الاعتبار الشخصي تظهر في عقود كثيرة سواء أكانت هذه العقود مدنية أو إدارية, كما أنها ترتبط بفكرة الباعث على التعاقد في عدد من العقود ولقد أدى هذا الأمر إلى اختلاف الفقه القانوني في وضع تعريف موحد وشامل لمصطلح الاعتبار الشخصي(٩)

فعرفه البعض بأنه :" *ارتباط صفات المتعاقد بمضمون التعاقد مما يعني أن اعتبار الشخص الذي تم التعاقد معه هو الذي دفع العاقد الآخر إلى التعاقد*(١٠)

---

(٧) وسوف نتناول بعضاً من هذه الفروع في مطلب خاص به أنظر ص من هذا البحث

(٨) الاعتبار الشخصي للمكلف وأثره على المعاملات المالية: أ. علي صالح مراد محمد, د. إسماعيل كاظم العيساوي, مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية, المجلد (٢٠), العدد (١), ديسمبر ٢٠١٨م , ص ١١٦.

(٩) الاعتبار الشخصي وأثره في انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف: نور إياد حسن, مجلة العلوم القانونية- كلية القانون, جامعة بغداد – العراق, عدد خاص , سنة ٢٠٢٠م, ص ١٥٧, ما بعدها.

(١٠) مدى جدية الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة (دراسة وفقاً للقانون الكويتي والقوانين المقارنة) : د/ مشعل مهدي جوهر حياة, مجلة كلية الحقوق – جامعة الكويت " مجلس النشر العلمي, مارس / ربيع أول عام ٢٠٠٩م المجلد رقم (٣٣) العدد (١) , ص ٢٣, وما

"كما ذهب البعض إلى أن فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد أساسها :"*أن صفة المتعاقد تمثل عنصراً جوهرياً في التعاقد مما يؤكد على دور الإرادة في تحديد شخص المتعاقد الآخر أو صفة من صفاته في إبرام العقد*(١١) " وذهب جانب آخر إلى أن فكرة الاعتبار الشخصي لا تخرج عن إحدى صورتين :

الأولى: أن تكون شخصية المتعاقد هي سبب الالتزام كما في عقد الهبة.

الثانية: أن تكون شخصية المتعاقد مرتبطة بمحل الالتزام كما في التعاقد مع طبيب متخصص في نوع معين.

ومع وجود هذا الاختلاف في الفقه القانوني حول وضع تعريف لمصطلح الاعتبار الشخصي إلا أنه يمكن القول بأن هذا الاختلاف يعد اختلافاً ظاهرياً حيث إن الهدف والغاية من الاعتداد بالاعتبار الشخصي هو كون شخص المتعاقد ذا اعتبار في العقد, فلولا وجود هذا الشخص أو توفر صفة من صفاته لما وجد العقد.

المطلب الثاني
التأصيل الفقهي لمبدأ الاعتبار الشخصي

سوف أتناول في هذا الفرع الأصل الفقهي لمبدأ الاعتبار الشخصي, وذلك ببيان مدى الأخذ به, وكذلك بعض القواعد الفقهية التي تتعلق به, وذلك في الفرعين الآتيين:

بعدها مشار إليه في دار المنظومة رابط
http://search.mandumah.com/Record/474497

(١١) الاعتبار الالشخضي في التعاقد : م: د: هيلان عدنان أحمد: مجلة كلية القانون للقانون والعلوم السياسية, تصدرها كلية القانون الجامعة العراقية, المجلد (٨) العدد (٣٩), عام ٢٠١٩م, ص ٦٣, وما بعدها, مشار إليه في دار المنظومة رابط
http://search.mandumah.com/Record/1029146

الفرع الأول
الاعتداد بمبدأ الاعتبار الشخصي

إن مفهوم الاعتبار الشخصي والاعتداد به في مجال الفقه الإسلامي– كما ذكرنا – له عدد من الجوانب, أظهرها توفر النية في المكلف, وتوفر صفات تتعلق به, ولقد تناول الفقهاء الأحكام الفقهية التي تتعلق بالاعتبار الشخصي في العديد من أبواب الفقه المختلفة, وسوف نعرض في هذا الفرع مدى جواز الاعتداد بالاعتبار الشخصي في الفقه الإسلامي, وذلك بشيء من الإيجاز .

أ- الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي في باب العبادات:

تعتبر النية في العبادات هي المظهر الواضح في الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي ولقد نص الفقهاء في مسألة الاعتداد بالنية في باب العبادات في العديد من المسائل وهو ما يؤكد الأخذ بمبدأ الاعتداد والاعتبار بالشخص ونيته من هذه الأحكام .

ما جاء في الفقه الحنفي: " فصل في تعيين المنْوِي وعدمه الأصل أن المنْوِي إما أن يكون من العبادات أو لا فإن كان عبادة فإن كان وقتها ظرفًا للمؤدى بمعنى أنه يسعه وغيره فلابد من التعيين كالصلاة كأن ينوي الظهر فإن قرنه باليوم كظهر اليوم صح وإن خرج الوقت أو بالوقت ولم يكن خرج الوقت فإن خرج ونسيه لا يجزئه في الصحيح (١٢)"

وما جاء في الفقه المالكي: " وثالثها نية الصلاة المعينة" بأن يقصد بقلبه أداء فرض الظهر مثلا، والتعيين إنما يجب في الفرائض والسنن والفجر دون غيرها من النوافل فلا يشترط التعيين، فيكفي فيه نية النافلة المطلقة (١٣) "

---

(١٢) الأشباه والنظائر : لابن نجيم الحنفي , ص ٤٣. ومن قبيل الاعتداد بالشخص أيضاً ما يشترط فيه التعيين فإذا تبين خطؤه لم يجز :*"ومن ذلك ما إذا نوى الاقتداء بزيد فإذا هو عمرو – والأفضل ألا يعين الإمام عند كثرة الجماعة كيلا يظهر كونه غير المعين– فلا يجوز"* كذلك : *لو قال : اقتديت بهذا الشاب فإذا هو شيخ لم يصح فإذا قال : اقتديت بهذا الشيخ فإذا هو شاب صح لأن الشاب يدعى شيخا لعلمه بخلاف عكسه* انتهى ص ٤٣.

(١٣) الشرح الكبير: أبو البركات أحمد بن محمد العدوي ، الشهير بالدردير (المتوفى : ١٢٠١هـ), دار إحياء التراث العربي, ج ١, ص ٢٢٣, كما جاء أيضاً في بداية المجتهد/ لابن رشد, *"وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطا في صحة الصلاة ..... واختلفوا هل*

وما جاء في الفقه الشافعي: "إن المتعبر هو النية، فلو لبى بالعمرة ونوى الحج، فهو حاج، وبالعكس معتمر. ولو تلفظ بأحدهما، ونوى القران، فقارن. ولو تلفظ بالقران، ونوى أحدهما، فهو لما نوى (١٤)"

وما جاء في الفقه الحنبلي: ولا خلاف في المذهب في اشتراط النية ..... لقول النبي صلى الله عليه وسلم [إنما الاعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى] متفق عليه فنفى أن يكون له عمل شرعي بدون النية، ولأنها طهارة عن حدث فلم تصح بغير نية (١٥)"

ب- **الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي في باب الإمامة:** يظهر الأخذ بالاعتبار الشخصي في باب الإمامة في عدد من الفروع منها مدى توفر صفات في شخص الإمام:

*ما جاء في الفقه الحنفي:*في شرط *الإمامة في الصلاة أن شروط الإمامة للرجال الأصحاء ستة أشياء : الإسلام, والبلوغ, والعقل, والذكورة والقراءة, والسلامة من الأعذار كالرعاف والفأفأة والتمتمة واللثغ وفقد شرط كطهارة وستر عورة*(١٦)"

من شرط نية المأموم أن توافق نية الإمام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز أن يصلي المأموم ظهرا بإمام يصلي عصرا؟ ولا يجوز أن يصلي الإمام ظهرا يكون في حقه نفلا وفي حق المأموم فرضا؟ فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجب أن توافق نية المأموم نية الإمام " أنظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد/ لابن رشد, ج ١, ص ١٢٠.

فيؤخذ من هذا أن المذهب المالكي قد اشترط اتحاد نية شخص المأموم والإمام لصحة الصلاة.

(١٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى : ٦٧٦هـ), دار الكتب العلمية, ج٢, ص ٣٣٥ (نسخة محققة قام بها عادل أحمد عبد الموجود – على محمد معوض).

(١٥) الشرح الكبير: أبو الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي, الطبعة الأولى، ١٤٠٥, دار الفكر, بيروت– لبنان ,ج١, ص ١٢١, المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: أبو عبد الله موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي, الطبعة الأولى، ١٤٠٥, دار الفكر – بيروت, ج١ , ص ١٢١.

(١٦) رد المحتار على الدر المختار : محمد أمين بن عابدين, دار الكتب العلمية, بيروت – لبنان, ج ١, ص١٦:" شروط الإمامة الكبرى : *"أن يكون عدلاً بالغًا أميناً ورعاً نكراً موثوقاً*

وما جاء في الفقه المالكي: " في شروط الإمامة في الصلاة *وشرطه: – أي الإمام – "إسلام" فلا تصح خلف كافر ولو لم يعلم بكفره حال الاقتداء, وتحقق "ذكورة" : فلا تصح خلف امرأة ولا خنثى مشكل ولو اقتدى بهما مثلهما, "وعقل" فلا تصح خلف مجنون* (١٧)"

وما جاء في الفقه الشافعي: في شروط الإمامة الكبرى :"*كونه أهلاً للقضاء بأن يكون مسلماً حراً مكلفاً عدلاً ذكراً مجتهداً ذا رأى وسمع وبصر ونطق*" (١٨)

وما جاء في الفقه الحنبلي: "شروط الإمامة ثمانية، إسلام وعدالة وعقل ونطق وتمييز، وبلوغ إن أم بالغا في فرض، وذكورية إن أم ذكرا، وقدرة على شرط وركن، وواجب إن أم قادرًا" (١٩).

فهذه النقول تدل على أن الفقه بمذاهبه المختلفة قد اعتد بالشخص ومدى توفر صفات وشروط فيه, وبهذا يكون قد أخذ بمبدأ الاعتبار بالشخص وأن يكون الشخص محلاً للأحكام الفقهية عند توفر صفات معينة فيه" (٢٠).

به في الدماء والفروج والأموال، زاهداً متواضعاً مسايساً في موضع السياسة" أنظر حاشية رد المحتار: لمحمد أمين بن عابدين, , مرجع سابق, ج ٤,ص ٢١٠.

(١٧) حاشية الصاوي على الشرح الصغير : لأحمد الصاوي, دار المعارف , القاهرة– مصر, ج١, ص ٤٣٣, وما بعدها, مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب الرُّعيني (المتوفى : ٩٥٤هـ) , دار عالم الكتب, ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م, نسخة محققة, ج ٢, ص ٤٢٨.

(١٨) تحفة الحبيب على شرح الخطيب: سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي, الطبعة الأولى ١٤١٧هـ –١٩٩٦م , دار الكتب العلمية, بيروت– لبنان, ج ٥, ص ١٠٢, فتح الوهاب شرح منهج الطلاب: زكريا الأنصاري, دار الفكر, بيروت – لبنان, ج ٥, ص ١١٩.

(١٩) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي, الطبعة الأولى – ١٣٩٧ هـ, ج٢, ص ٣٣١, المبدع شرح المقنع: أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، (المتوفى : ٨٨٤هـ): الطبعة : ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م, دار عالم الكتب، الرياض, ج ١٠, ص ٨."*لا تصح الإمامة العظمى إلا لمسلم حر ذكر مكلف عدل مجتهد شجاع مطاع ذي رأي سميع بصير ناطق قرشي ولا بد من بيعة أهل الحل والعقد من العلماء ووجوه الناس*"

الفرع الثاني
القواعد الفقهية التي تتعلق بالاعتبار الشخصي

يتعلق بالاعتبار الشخصي بصفة عامة عدد من القواعد الفقهية, وهذه القواعد تعد تأصيلاً لهذا المبدأ وتطبيقاً له ويخرج عنها العديد من الفروع الفقهية من هذه القواعد:

[الأمور بمقاصدها]

معنى القاعدة: إن العمل مرتبط بالنية ومعتبر بها, فالنية هي التي يُحكم بها على العمل, وبحسب النية تكون المجازاة على الأعمال من ثواب وعقاب, فالعمل لا يُعتبر شرعاً ولا يترتب عليه حكمه إلا بالنية, فهي التي تحدد المراد من العمل والمقصود منه, فهي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات, والعمل الذي لم تصحبه نية فهو ساقط لاعبرة به ولا حساب له.

الأصل في هذه القاعدة : ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال سمعت رسول الله ﷺ :(إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)(٢١)

والمراد "**بالأمور**" في هذه القاعدة : جميع الأعمال التي يكلف العبد بها سواء أكانت مما يثاب على فعلها أو يعاقب أو يعاتب على فعلها, وبذلك هي تشمل الواجب, والمندوب, والحرام, والمكروه.

والمراد " **بمقاصدها**" أي بحسب قصد العبد – المكلف– بفعلها أو تركها, فإن قصد العبد بالفعل أو الترك– فعل الأمر أو تركه– الثواب ومرضاة الله تعالى أثيب على ذلك, وإن قصد بالفعل أو الترك عصيان الله تعالى عوقب على ذلك.

---

(٢٠) وإلى جانب هذه الفروع توجد العديد من الفروع الفقهية في أبواب الفقه المختلفة منها : "الإجارة, والوكالة, والنكاح, والطلاق, والقضاء, وغير ذلك"

(٢١) الجامع الصحيح المختصر: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي, الطبعة الثالثة ، ١٤٠٧ – ١٩٨٧, دار ابن كثير، اليمامة– بيروت, باب كيف بدء الوحي على رسول الله, ص ٣. نسخة محققة قام بها (د. مصطفى ديب البغا)

وتعد هذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية لاشتمالها على أكثر أبواب الفقه, فهي تدخل في تحديد الأعمال الصحيحة, والمقبولة من غيرها, كما أنها تميز بين ما يعد عادة وما يعتبر عبادة.

أما ارتباط هذه القاعدة بالاعتبار الشخصي : فإنها تقرر أن نية المكلف ومقصده معتبرة في ترتيب الحكم الشرعي على عمله فلا يكفي قيام المكلف بالعمل فقط بل إن قصده ومراده مرعي في إثبات الجزاء سواء أكان حسناً أم سيئاً, وهذه النية تختلف باختلاف الأشخاص وهي معتبرة, فيجب أن تكون نية الشخص موافقة لمقصود الشرع حتى يترتب عليها حكمها الشرعي.

ويظهر أثر هذه القاعدة جلياً في باب العبادات وذلك في الحكم على العبادة من حيث صحتها وفسادها وترتيب أثارها ويتوقف هذا على نية المكلف وقصده, كما يظهر أثرها في باب المعاملات كذلك من حيث إن العبرة في العقود بمقاصدها, فأثر العقد يتوقف على الغرض منه وهو يتوقف بدوره على شخص المكلف ونيته؛ ويظهر أثر هذه القاعدة في باب الأحوال الشخصية كذلك فلا يترتب الحكم على ظاهر اللفظ ولكن يرجع فيه إلى القصد والنية من اللفظ, وهو يعرف من خلال نية المكلف وهي تختلف باختلاف المكلفين وأحوالهم (٢٢).

[كل عامل مأخوذ بعمله]

معنى القاعدة: أن الأصل في التصرفات أنها تقع لصاحبها لا لغيره, وعمل كل شخص تختص فائدته به.

والأصل في هذه القاعدة : قول الله تعالى **(وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ⊥ وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَى)** (٢٣).

والمراد بها : أنه لا يُجَازي عامل إلا بعمله, خيراً كان ذلك أو شرّا, فالمؤاخذ على العمل هو الشخص القائم بالعمل لا غيره, فالمعتبر في أخذ الثواب أو تحمل العقاب هو الشخص القائم بالعمل(٢٤).

---

(٢٢) الاعتبار الشخصي للمكلف وأثره على المعاملات المالية: أ/ علي صالح مراد محمد, د/ إسماعيل كاظم العيساوي, مرجع سابق, ص ١٢٣.

(٢٣) سورة النجم الأيتان رقما (٣٩, ٤٠)

وأما ارتباطها بالاعتبار الشخصي: فإن الأصل في الأعمال أنها تكون للشخص الذي قام بالعمل دون غيره سواء أكان خيراً أو شراً , فلا يعاقب الإنسان بجريمة ارتكبها غيره قال تعالى **(وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)** [٢٥], وقال تعالى **(أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)** [٢٦], والأصل أن لا يحصل الإنسان على الثواب إلا بالأعمال التي اكتسبها هو لا غيره, قال تعالى **(وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا)** [٢٧], وقال تعالى **(لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ)**[٢٨] فالعبرة في الأعمال بالشخص الذي قام بالعمل, وهذه القاعدة تقرر ذلك فكل مكلف له شخصية مستقلة عن غيره في الثواب والعقاب, وهذا هو معنى من معاني الاعتبار الشخصي في المكلف [٢٩].

[الإقرار حجة قاصرة على المقر]

معنى القاعدة: إن إقرار الشخص يكون حجة عليه فقط دون أن يتعداه إلى غيره من الأشخاص, فيقتصر أثر الإقرار على المقر دون أن يمتد إلى غيره, لأن

---

(٢٤) تفسير الطبري" المسمى جامع البيان في تفسير القرآن": لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري, دارالكتب العلمية, بيروت – لبنان, المجلد الحادي عشر, ص ٥٤٣, فقرة رقم ٣٢٦١٩, تفسير الأية (٤٠) من سورة النجم, فتح القدير الجامع بين علمي الرواية والدراية من علم التفسير: للإمام محمد بن محمد بن علي الشوكاني, دار الكتب العلمية, بيروت – لنان, ج٢, ص ٨٦٠, من تفسير سورة القلم. .

(٢٥) سورة الأنعام جزء من الأية رقم (١٦٤), وسورة الإسراء جزء من الأية رقم (١٥), وسورة فاطر جزء من الأية رقم (١٨), وسورة الزمر جزء من الأية رقم (٧) .

(٢٦) سورة النجم الأية رقم(٣٨).

(٢٧) سورة الأنعام جزء من الأية رقم (١٦٤).

(٢٨) سورة البقرة جزء من الأية رقم (٢٨٦).

(٢٩) الاعتبار الشخصي للمكلف وأثره على المعاملات المالية: أ. علي صالح مراد محمد, د/ إسماعيل كاظم العيساوي, مرجع سابق, ص ١٢٣.

الإقرار فيه إلزام الشخص شيئاً على نفسه, وللشخص أن يلزم نفسه ما يشاء وليس له سلطة أن يلزم غيره شيئاً (٣٠).

والأصل في هذه القاعدة : حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسوال الله صلى الله عليه وسلم :(واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها). (٣١) فلو كان الإقرار حجة متعدية للغير لاكتفى به النبي صلى الله عليه وسلم في إثبات الحد على المرأة, إلا أن النبي – صلى الله عليه وسلم- لم يكتف بالإقرار بل إنه بعث " أنيساً" ليسأل المرأة عن الواقعة فإن اعترفت أقام عليها الحد– الرجم– وإلا فلا.

وأما ارتباطها بالاعتبار الشخصي: فإن الإقرار بما فيه من إثبات شيء للغير فالأصل فيه أن يكون حجة على الكآفة إلا أنه بالنظر إلى الجانب الشخصي

---

(٣٠) القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية: د/ أحمد ياسين القرالة, الأكاديميون للنشر والتوزيع, عمان– الأردن, ص ٢٨٦, الاعتبار الشخصي للمكلف وأثره على المعاملات المالية: أ. علي صالح مراد محمد, د. إسماعيل كاظم العيساوي, مرجع سابق, ص ١٢٤.

(٣١) متفق عليه.

أنظر صحيح البخاري : للإمام البخاري, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٤رقم (٢٣١٤/٢٣١٥) باب الوكالة في الحدود, أنظر الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري, دار الجيل بيروت, ودار الأفاق الجديدة, بيروت, ج ٥, ص ١٢١, رقم الحديث (٤٥٣١) نص الحديث :" حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا ليث وحدثناه محمد بن رمح أخبرنا الليث عن ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أنهما قالا إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ρ فقال يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لى بكتاب الله. فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى. فقال رسول الله ﷺ « قل ». قال إن ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت أهل العلم فأخبرونى أنما على ابنى جلد مائة وتغريب عام وأن على امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله ﷺ « والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله الوليدة والغنم ردٌ وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ». قال فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت".

للإقرار فإنه يكون قاصراً على المقر دون غيره, وهذا إعمال للاعتبار الشخصي في باب الإقرار بإثبات الحقوق للغير.

المبحث الثاني
التعريف بالتحكيم, وتكييفه الفقهي

تمهيد وتقسيم:

إن البحث في مجال التحكيم يقتضي التعرف على التحكيم وبيان تكييفه الفقهي, وقد خصصت هذا المبحث للتعرف على التحكيم لدى الفقهاء وبيان تكييفه الفقهي, وقد قسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول
التعريف بالتحكيم

إن التعريف بالتحكيم يقتضي تعريفه في اللغة, وفي اصطلاح الفقهاء.

أولاً :تعريف التحكيم في اللغة: التحكيم من باب "حكم" بالأمر حكما قضى يقال:حكم له وحكم عليه وحكم بينهم, "حكّمه" ويقال حكَّم فلانا عما يريد وفلانا في الشيء والأمر جعله حكما وفي التنزيل العزيز (**فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ**)[٣٢] ويقال "احتكم" الخصمان إلى الحاكم رفعا خصومتهما إليه [٣٣].

ثانياً تعريف التحكيم في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء التحكيم بعدد من التعريفات منها:

---

(٣٢) سورة النساء جزء من الأية رقم (٦٥).

(٣٣) المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى ,وأخرون, مرجع سابق, ج ١, ص ١٩٠" باب الحاء", المصباح المنير: للفيومي, مرجع سابق, ج ١, ص ١٤٥, كتاب الحاء, تاج العروس من جواهر القاموس : للمرتضى الزبيدي,مرجع سابق, ج ٢١, ص ٥١٠, ٥١١, باب " الحاء والميم والكاف"

فعرفه الأحناف بأنه : "*تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما* [٣٤]", كما عرف بأنه: *"تصيير غيره حاكما فيكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس وفي حق غيرهما بمنزلة المصلح*[٣٥] كما عرف بأنه :*" اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما* [٣٦]"

وعرفه المالكية بأنه:"*أن يحكِّم رجلان حكماً فيما بينهما* [٣٧]" وعرف بأنه :" *تحكيم المتداعيين رجلاً غير خصم من غير تولية قاض له يحكمانه في النازلة بينهما* [٣٨]", وعرف كذلك بأن :"*الخصمين إذا حكما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها* [٣٩]"

---

(٣٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين ابن نجيم الحنفي (المتوفى عام ٩٧٠هـ), دار المعرفة, بيروت – لبنان, الجزء, ٧ص ٢٢, الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة : محمد علاء الدين بن علي الحصكفي (المتوفى : ١٠٨٨هـ), دار الفكر للطباعة والنشر, بيروت – لبنان, الجزء الخامس , ص ٥٧٣.

(٣٥) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند, ١٤١١هـ – ١٩٩١م , دار الفكر, الجزء الثالث, ص ٢٩٧.

(٣٦) المادة (١٧٩٠) من مجلة الأحكام العدلية, أنظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام: علي حيدر, دار الكتب العلمية, لبنان – بيروت, الجزء الرابع, ص ٥٢٣, تحقيق تعريب: المحامي فهمي الحسيني"

(٣٧) التاج والإكليل لمختصر خليل:لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري, ١٣٩٨, دار الفكر, بيروت – لبنان, ج ٦, ص ١١٢,

(٣٨) الشرح الكبير : للشيخ أبي البركات أحمد بن محمد العدوي ، الشهير بالدردير (المتوفى : ١٢٠١هـ), طبعة دار إحياء الكتب العربية" عيسى البابي الحلبي, ج٤, ص ١٢٥.(بتصرف)

(٣٩) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: للعلامة أبي الوفاء برهان الدين إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون, طبعة خاصة ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م دار عالم الكتب , الرياض السعودية, الجزء الأول, ص ٥٠ .

وعرفه الشافعية بأنه:" اتخاذ الخصمين رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا (٤٠)"

وعرفه الحنابلة بأنه:" تحاكم رجلين إلى من يصلح للقضاء فحكماه ليحكم بينهما جاز (٤١)"

وقد عرفه جانب من الفقه الحديث بأنه :" اتفاق طرفي الخصومة على تولية رجل أو أكثر أهلاً ليفصل فيما تنازعا بحكم الشرع دون القاضي المولى (٤٢)" وعرف أيضاً بأنه *:" تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما* (٤٣) كما عرفه جانب من الباحثين بأنه " *نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها. أو هو مكنة أطراف النزاع بإقصاء منازعتهم عن الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبق القانون، كيما تُحل عن طريق أشخاص* (٤٤)"وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه :" *اتفاق بين طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية*(٤٥)" .

ومن جماع ما تقدم من تعريفات للتحكيم يتبين لنا أن التحكيم هو: ***"اتفاق بين طرفي خصومة في الأموال وما في حكمها لفض النزاع, عن طريق تولية شخص تتوفر فيه شروط معينة يحكم بينهما في النزاع*** "

---

(٤٠) أدب القاضي : لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي, الجمهورية العراقية رئاسة ديوان الأوقاف إحياء التراث الإسلامي, دار العاني – بغداد, ج٢, ص ٣٧٩, فقرة " ٣٥٦٩" (بتصرف)

(٤١) الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: لأبي عبد الله موفق الدين أحمد ابن محمد المقدسي, ج ٤, ص ٢٢١.(بتصرف)

(٤٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د/إسماعيل الأسطل, مكتبة النهضة العربية, ص ١٩.

(٤٣) القاموس الفقهي: د سعدي أبو حبيب, الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨ م, دار الفكر, دمشق – سوريا, ص ٩٦.

(٤٤) التحكيم التجاري الدولي: صادق محمد الجبران, منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة: الأولى ٢٠٠٥ م ص ٤٤.

(٤٥) أنظر :مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ، الموافق ١-٦ أبريل ١٩٩٥م.

المطلب الثاني
التكييف الفقهي للتحكيم

إن بحث التكييف الفقهي للتحكيم يقتضي التعرض للتكييف الفقهي لعقد التحكيم وموقف الفقهاء من هذا العقد, وكذلك التكييف الفقهي للمحكم ذاته, وسوف نتناول هاتين المسألتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
التكييف الفقهي لعقد التحكيم

المقصود بالتكييف الفقهي للتحكيم : الوصف الفقهي للتحكيم من حيث كونه عقداً, ومن حيث طبيعة هذا العقد

ولمعرفة التكييف الفقهي لعقد التحكيم ينظر إلى جانبين :

الأول: تكوين عقد التحكيم .

الثاني : مدى لزوم عقد التحكيم

فأما بالنسبة للجانب الأول: تكوين عقد التحكيم : فإن أساس التحكيم هو عقد من العقود التي تنشأ بين الخصوم لفض النزاع بينهما دون اللجوء للقضاء, ولمعرفة الطبيعة الفقهية للتحكيم ينظر إلى هذا العقد في جانبين:

أولاً : تكوين العقد ذاته. **ثانياً : الهدف من العقد.**

فأما بالنسبة للأمر الأول: تكوين عقد التحكيم: نجد أن عقد التحكيم يمر بثلاث مراحل (٤٦)

ففي المرحلة الأولى : يعد عقداً فيما بين المحتكمين لفض النزاع فيما بينهم.

وفي المرحلة الثانية: يتم الاتفاق فيما بين المحتكمين على تولية شخص للفصل في الخصومة.

وفي المرحلة الثالثة: يتولى المحكم الفصل في النزاع والحكم فيه وهذه المرحلة تبدأ باتخاذ إجراءات التحكيم وتنتهي بالحكم والفصل في النزاع.

وبهذا يكون عقد التحكيم من العقود المركبة التي تشتمل على جانبين:

---

(٤٦) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د/ إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ص١٧, وما بعدها (المرجع السابق , ص ١, وما بعدها)

الأول: أنه عقد رضائي فيما بين المتخاصمين بهدف فض النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ فيما بينهم.

الثاني: أنه عقد بين المتخاصمين من جانب والمحكم من جانب آخر بهدف توليته الفصل في النزاع القائم بالفعل.

ويتعلق بطبيعة عقد التحكيم تساؤل مؤداه هل عقد التحكيم بالنسبة للمحتكمين يعد عقداً من العقود النافعة أو الضارة أو الدائرة بين نفع والضرر؟

وبالنظر إلى طبيعة التحكيم نجد أنه يعد عقداً من العقود الدائرة بين النفع والضرر, وذلك لاحتمال الحكم للمحتكم أو عليه ومن ثم فإن عقد التحكيم يكون دائراً بين النفع والضرر فيما يتعلق بالمحتكمين.

كما أن التحكيم يحمل معنى الصلح فيجب توفر أهلية الصلح عند المحتكمين, والصلح يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

واعتبار الصلح من قبيل العقود الدائرة بين النفع والضرر: لأن الصلح إما أن يكون فيه معنى الإسقاط[٤٧] أو المعاوضة,- وهما من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر- .

فأما وجه كونه يحمل معنى الإسقاط وذلك إذا كان الذي وقع عليه الصلح أدون من حقه قدراً أو وصفاً, وأما وجه كونه يحمل معنى المعاوضة وذلك إذا كان الذي وقع عليه الصلح مما دخل عليه ما لا يستحقه وصفاً أو بمعنى الوصف [٤٨] لذا يجب توفر أهلية التصرف بالصلح في المحتكمين[٤٩].

---

(٤٧) ولا يقصد بالإسقاط هنا الإسقاط المحض, ولكن يقصد به الإسقاط بعوض.

(٤٨) أنظر باب الصلح في البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٥٩, مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده, ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م , دار الكتب العلمية, لبنان- بيروت, ج ١, ص ٤٣٣, مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٧, ص ٣, الأشباه والنظائر: للسيوطي, مرجع سابق, ص ٧١١ , وقد ذكر أنه على ستة أقسام, الإقناع في فقه الإمام أحمد : شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي, دار المعرفة بيروت – لبنان , ج ٢, ص ١٩٢.

(٤٩) العناية شرح الهداية : للبابرتي, مرجع سابق, ج ٣, ص٣٨٥, ما بعدها" باب التحكيم".

وأما بالنسبة للأمر الثاني: ***الهدف من عملية التحكيم ذاتها*** : فإن الهدف من عملية التحكيم هو فض النزاع الذي ينشأ بين المتخاصمين عن طريق تولية شخص المحكم الفصل في النزاع.

فالتحكيم بهذه الصفة يعد فرعاً من فروع القضاء [٥٠], ويقترب عقد التحكيم من القضاء, إلا أن القضاء يجب أن يصدر ممن له الولاية العامة وهو الإمام أو نائبه فهو المنوط بذلك, أما عقد التحكيم فقد يصدر من آحاد الناس وقد يصدر ممن له صفة الولاية العامة كالإمام[٥١].

وبهذا يمكن القول بأن التكييف الفقهي للتحكيم هو"***وسيلة رضائية لفض المنازعات التي تتعلق بالأموال وما في حكمها, فيما يجوز فيه الصلح أو الأبراء***[٥٢]"

وأما بالنسبة للأمر الثاني : مدى لزوم عقد التحكيم: يقصد بكون عقد لازماً أو غير لازمٍ : مدى جواز التحلل من رابطة العقد وفسخه بإرادته دون توقف على إرادة الطرف الآخر[٥٣].

ونفرق في معرفة مدى لزوم عقد التحكيم بين المحكم من جانب, والمحتكمين من جانب .

فأما بالنسبة لمدى لزوم التحكيم في حق المحكم: فنفرق بين ما إذا كان المحكم متبرعاً بعمله, أم كان غير متبرع – أخذ مقابلاً لقيامه بالتحكيم– على أن يكون محكماً.

فأما بالنسبة للأمر الأول: إذا كان المحكم متبرعاً بعمله : فإن عقد التحكيم يكون غير لازم في حقه.

---

(٥٠) البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٤.

(٥١) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د/ إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ص ص ١٦– ١٧, وما بعدها.

(٥٢) وكون اعتبار الصلح فيه لأن التحكيم قضاء صورة صلح معنى ولقد ذكر الفقهاء في هذا :" أنه لا يجوز تعليقه على شرط أو إضافته إلى أجل فهو تولية صورة صلح معنى" أنظر حاشية رد المحتار : لابن عابدين, مرجع سابق, ج ٥, ص ٢٤٨, العناية شرح الهداية: أكمل الدين البابرتي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٨٥, باب التحكيم.

(٥٣) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد" المدخل الفقهي العام" : د/ مصطفى أحمد الزرقا, دار القلم, دمشق, ج ١, ص ٥٢٣.

وجـه ذلـك: إن المحكم يقوم مقام القاضـي فـي الفصـل فـي المنازعـة بـين الخصوم, والقاضي يجوز له عزل نفسه طالما لم يأخذ على ذلك أجراً, ويكون العقد في حقه عقد تبرع وعقود التبرعات لا إجبار فيها, فالمتبرع لا يجبر على تبرعه .

وأما بالنسبة للأمر الثاني: إذا كان المحكم أخذ مقابلاً على قيامه بالتحكيم: فهنا يكون العقد لازماً في حق المحكم .

وجـه ذلـك: إن المحكم لا يكون متبرعاً بعمله بل يربطه بالمحتكمين عقد معاوضة, وعقد المعاوضة هو عقد لازم في حقه (٥٤).

وأمـا بالنسـبة لمـدى لـزوم التحكـيم فـي حـق المحـتكم: فنفرق فـي حـق المحتكمين بين ثلاث مراحل في التحكيم.

الأولى : بعد العقد وقبل الشروع في التحكيم.

الثانية بعد العقد وبعد الشروع في الحكم.

الثالثة : بعد العقد وبعد الحكم.

فأما بالنسبة للمرحلة الأولى : مدى لزوم عقد التحكيم بعد إنشاء العقد وقبل الشروع في التحكيم: فإن عقد التحكيم يعد من العقود الجائزة – غير اللازمة – في حق المحتكمين والمحكم كذلك, فيجوز لكل واحد من الطرفين فسخ العقد بإرادته المنفردة.

وجـه ذلـك : إنه لم يتم الشروع في التحكيم فيجوز لكل منهما فسخ العقد قياساً على القضاء, فكما يجوز عزل القاضي قبل بدء العمل يجوز كذلك عزل المحكم قبل الشروع في التحكيم, وقياساً كذلك على الوكالة بجامع أن كلاً من الوكالة والتحكيم من العقود الجائزة غير اللازمة .

وأمـا بالنسـبة للمرحلـة الثانيـة: مدى لزوم عقد التحكيم بعد العقد وبعد الشروع في الحكم: فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز فسخ التحكيم بعد شروع المحكم في التحكيم وكان اختلافهم على رايين:

الرأي الأول : يرى أصحابه أن عقد التحكيم يكون لازماً في حق المحتكمين بعد الشروع في التحكيم.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول "وهو قول ابن القاسم (٥٥)", والحنابلة (٥٦)

---

(٥٤) المرجع السابق, ذات الصفحة

الـرأي الثـاني: يـرى أصـحابه جـواز فسـخ التحكـيم قبـل صـدور الحكـم مـن المحكم.

وإلـى هذا الـرأي ذهـب الأحنـاف [٥٧], والمالكيـة فـي قـول "وهـو قـول سـحنون [٥٨] ",

سـبب الاخـتلاف: يرجـع سبب الاخـتلاف بـين الفقهـاء فـي هـذه المسـألة إلـى اختلاف فيما يكون به التحكيم لازماً.

فمن نظر من الفقهاء إلى أن التحكيم يكون لاماً للمحتكمين بمجرد اللجوء إلى المحكم ذهب إلى أن التحكيم يكون لازماً بالشروع في التحكيم– بشروع المحكم النظر في الدعوى – .

ومن نظر من الفقهاء إلى أن التحكيم يلزم بصدور الحكم ذهب إلى جواز أن يرجع كل واحد من المحتكمين عن التحكيم فلا يكون لازماً في حقه إلا بصدور الحكم.

الأدلة:

<u>اسـتدل أصـحاب الـرأي الأول القائـل</u> :بلـزوم التحكـيم بشـروع المحكـم فـي التحكيم لما ذهبوا إليه بالمعقول:

فقالوا: إن المحكم قد تم توليته منهما, ولا يشترط وجود الرضا حتى صدور الحكم وإنما يكفي وجوده وقت التولية, فإذا شرع في التحكيم وأقاما البينة عند الحكم، ثم بدا لأحدهما الرجوع عن التحكيم فلا يقبل منه ذلك وإلا بطل المقصود من التحكيم.

---

(٥٥) التاج والإكليل: للعبدري, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٢٠, الذخيرة : للقرافي, مرجع سابق, ١٠, ص ٣٧, منح الجليل: لمحمد عليش, مرجع سابق, ج ٨, ص ٣٠١.

(٥٦) كشاف القناع عن متتن الإقناع : للبهوتي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٠٩.

(٥٧) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٥؛ الفتاوى الهندية للشيخ نظام مرجع سابق ج٣ ص ٣٩٧ العناية شرح الهداية: للمرغيناني, مرجع سابق, باب التحكيم.

(٥٨) التاج والإكليل: للعبدري, مرجع سابق, ج ٦, ص ١٢٠, الذخيرة : للقرافي, مرجع سابق, ١٠, ص ٣٧ منح الجليل: لمحمد عليش, مرجع سابق, ج ٨, ص ٣٠١.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : بعدم لزوم التحكيم بشروع المحكم في التحكيم ولكن يلزم بصدور الحكم لما ذهبوا إليه بالمعقول:

فقالوا: إن التحكيم يكون لازماً إذا صدر الحكم من المحكم أما قبل ذلك فيجوز لكل واحد من المحكتمين الرجوع عن التحكيم لأن الولاية لهما في التعيين فمن يملك التعيين يملك العزل, وذلك قياساً على الوكالة بجامع أن كلاً منهما عقد جائز .

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في فسخ التحكيم بعد الشروع في التحكيم وقبل صدور الحكم.

فمن رأى من الفقهاء أن التحكيم يكون لازماً بشروع المحكم في التحكيم ذهب إلى أن التحكيم يكون لازماً للمحتكمين ولا يجوز لأحدهما الرجوع عن التحكيم.

ومن رأى من الفقهاء أن التحكيم لا يكون لازماً إلا بصدور الحكم ورضا المحتكمين ذهب إلى جواز فسخ التحكيم بعد الشروع في التحكيم وقبل صدور الحكم.

الرأي المختار: إن الرأي في هذه المسألة هو الرأي القائل بلزوم التحكيم إذا شرع المحكم في التحكيم وأقام الخصمان البينة عنده, حتى لا يؤدي هذا إلى عدم استقرار التحكيم باعتباره من الوسائل التي تفصل في الخصومة, كما أن المحكم قد ولّاه الخصمان التحكيم فلا يجوز لأحدهما منفرداً عزله, فيكون التحكيم ملزماً لهما بعد الشروع فيه. **والله أعلم ,,,**

وأما بالنسبة للحالة الثالثة: مدى لزوم عقد التحكيم بعد صدور الحكم: فقد اتفق الفقهاء [٥٩] على لزوم عقد التحكيم, وكذلك الحكم الصادر من المحكم بعد صدور الحكم من المحكم فلا يجوز لأحد المحتكمين فسخ التحكيم, أو عزل المحكم

---

(٥٩) المنتقى شرح الموطأ : للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي, الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م , دار الكتب العلمية, بيروت – لبنان, الجزء الخامس, ص ٢١٦, فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: لأبي يحى زكريا ابن أحمد بن محمد بن زكريا الأنصاري, ١٤١٨هـ , دار الكتب العلمية , بيروت – لبنان, الجزء الثاني, ص ٣٦٤, كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٠٩.

بعد صدور الحكم, أو الاعتراض على الحكم الصادر من المحكم إذا توفرت شروطه.

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا بم يكون التحكيم لازماً فهل يلزم بمجرد صدور الحكم, أم يكون لازماً بالرضا من المحكتمين بالحكم يوجد رأيان في هذه المسألة:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن حكم التحكيم يكون لازماً بمجرد صدوره من المحكم.

وإلى هذا الرأي ذهب الكوفيون من الأحناف (٦٠) والمالكية (٦١), والشافعية في أحد القولين (٦٢) والحنابلة (٦٣) .

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن التحكيم لا يكون لازماً إلا بالرضا من المحتكمين بالحكم الذي صدر.

وإلى هذا الرأي ذهب بعض الأحناف (٦٤), والشافعية في قول (٦٥)

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : بأن حكم المحكم يكون لازماً بمجرد صدوره من المحكم بالسنة, والقياس, والمعقول:

فأما السنة : فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم **"** من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله**"** (٦٦)

---

(٦٠) ذكره الماوردي في أدب القاضي: للماوردي, مرجع سابق, ج ٢, ص ٣٨٣ , ف ٣٦١٢, وما بعدها" وقال إن هذا في كتاب اختلاف العراقيين" درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر, مرجع سابق, ج ٤, ص ٦٤٥.

(٦١) المنتقى شرح الموطأ : للباجي, مرجع سابق ج ٥, ص ٢١٦.

(٦٢) أدب القاضي: للماوردي, مرجع سابق, ج ٢, ص ٣٨٣, "وهو قول المزني"

(٦٣) كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٠٩.

(٦٤) نقله الماوردي في كتابه أدب القاضي, مرجع سابق, ج٢, ص ٣٨٣

(٦٥) المرجع السابق, ذات الصفحة.

(٦٦) المرجع السابق, ذات الصفحة.

وجه الاستدلال: وجود الوعيد دليل على لزوم حكم المحكم كما في الشهادة إذا كتمها من تحملها, فكان ذلك دليلاً على لزوم حكم المحكم رضيا به بعد الحكم أم لم يرضوا.

واما القياس : فقياس الحكم الصادر من المحكم على الحكم الصادر من القاضي بجامع الولاية – ولاية الفصل في النزاع – في كلٍ منهما, فكما لا يجوز نقض حكم القاضي– إذا توفرت شروطه– رضي به الخصوم أم لا, لا يجوز كذلك الاعتراض على حكم المحكم إذا توفرت شروطه سواء رضي به الخصوم أم لا.

وأما المعقول: فإن القول بعدم لزوم حكم المحكم إلا برضا المتحكمين يؤدي إلى عدم لزومه في كثير من الحالات لاحتمال اعتراض المحكوم ضده على الحكم.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بعدم لزوم التحكيم إلا برضا المحكتمين بالقياس والمعقول:

فأما القياس: فقاسوا حكم التحكيم على الفتيا فكما أن الفتيا غير لازمة إلا بالرضا كذلك حكم التحكيم لا يلزم إلا باختيارهما في الابتداء والانتهاء.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن قياس الحكم الصادر من المحكم على الفتيا قياس مع الفارق لأن الفتيا غير ملزمة ابتداءً وانتهاء أما الحكم الصادر من المحكم فإنه ملزم للمحتكمين فافترقا.

وأما المعقول: فإن المحكم حاكم خاص يباشر عمله برضا المحتكمين فلا يكون الحكم لازماً إلا برضاهم به, أما إذا لم يوجد الرضا فلا يكون لازماً في حقهم ولا ينفذ الحكم كذلك.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن حكم المحكم كحكم القاضي لا يحتاج إلى رضا من الخصوم للزومه, فيكفي توفر الرضا في تولية المحكم للفصل في النزاع دون اشتراط وجود الرضا بعد الحكم.

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في مدى لزم الحكم الصادر من المحكم.

فمن رأى من الفقهاء أنه يلزم بمجرد صدور الحكم من المحكم ذهب إلى عدم جواز فسخ التحكيم بصدور الحكم ويكون الحكم لازماً بمجرد صدوره.

ومن رأى من الفقهاء أن الحكم لا يكون لازماً بمجرد صدوره من المحكم بل يلزم بالرضا ذهب إلى جواز فسخ التحكيم ولو صدر الحكم من المحكم إذا لم يرتضيه المحتكمون.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في هذ المسألة هو الرأي الأول القائل بأن الحكم الصادر من المحكم يكون لازماً دون حاجة إلى وجود الرضا من المحتكمين بعد صدور الحكم , فالمحكم إذا أصدر الحكم في النزاع صار كالقاضي إذا أصدر الحكم – وإن كان المحكم أدنى درجة من القاضي [٦٧]– فكما يكون الحكم الصادر من القاضي لازماً للطرفين بعد صدوره فكذلك الحكم الصادر من المحكم يكون لازماً للمحتكمين دون التوقف على رضاهم بالحكم, وذلك لأنهم قد رضوا بالمحكم للفصل في النزاع فالرضا متوفر في التولية ولا يشترط بعد صدور الحكم.

والله أعلم ,,,

الفرع الثاني
التكييف الفقهي للمحكم

اختلف الفقهاء في الوصف الفقهي للمحكم, وهذا لاختلافهم في الوصف الفقهي للتحكيم ذاته, فهل التحكيم يعد نوعاً من القضاء, أم أنه نوع من الوكالة من المحتكمين للمحكم لإنهاء الخصومة, أم أن له طبيعة مستقلة, وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول : يرى أصحابه أن المحكم بمنزلة القاضي بين الخصوم فيما حكموه فيه, وإن كان أدنى درجة من القاضي المولى من قبل الحاكم.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف [٦٨], والمالكية في قول [٦٩] , والشافعية[٧٠], والحنابلة في قول[٧١].

---

(٦٧) وجه كونه أدنى من القاضي: أن المحكم ولايته خاصة بالنزاع بين المحتكمين , أما القاضي فولايته عامة على الكآفة.

(٦٨) **جاء** في اللباب شرح الكتاب : للغنيني " وإذا حكم رجلان متداعيان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه فحكم بينهما جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما، وينفذ حكمه عليهما إذا كان المحكم (بصفة الحاكم)؛ لأنه بمنزلة القاضي بينهما؛ فيشترط فيه ما يشترط

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن المحكم بمنزلة الوكيل للمحتكمين .
وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول ابن القاسم(٧٢).

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بأن الوصف الفقهي للمحكم أنه بمنزلة القاضي في الأحكام بالمعقول:

فقالوا: إن المحكم شأنه شأن القاضي المعين من جهة الإمام إلا أن ولايته خاصة بالنزاع محل التحكيم, وحكمه ينفذ كما تنفذ الأحكام القضائية, ولا يشترط عند صدور الحكم رضا الاطراف بالحكم, وإن كان المحكم بمنزلة القاضي إلا أنه أدنى درجة من القاضي.

في القاضي" أنظر اللباب في شرح الكتاب: للغنيمي, مرجع سابق, ص ٣٨٣؛ البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٦, تبيين الحقائق : للزيلعي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٩٣, كتاب أدب القاضي, العناية شرح الهداية: للعيني, مرجع سابق, باب التحكيم.

(٦٩) **وجاء** في منح الجليل "*الثامن صفات القاضي المطلوبة فيه ثلاثة أقسام شروط في صحة توليته وشروط في دوامها وشروط في كمالها أشار المصنف إلى الأولى بقوله عدل إلى قوله فأمثل مقلد وإلى الثاني بقوله ونفذ حكم أعمى إلى قوله ووجب عزله وإلى الثالث بقوله كورع إلخ*" أنظر منح الجليل : لمحمد عليش, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٥٨ البهجة في شرح التحفة : للتسولي, مرجع سابق, ج ١, ص ٢٠.

(٧٠) **وجاء** في إعانة الطالبين : *قوله رجلا وهو الحكم قوله أهلا لقضاء صفة , لرجلا : قوله أي من له أهلية القضاء المختلفة تفسير للمراد من الأهل للقضاء وتقدم ضابط من له أهلية ما ذكر وهو من له قدرة على استنباط الأحكام من الكتاب, والسنة, والقياس, والإجماع*" , أنظر إعانة الطالبين : لأبي بكر ابن السيد شطا, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٢٠ الحاوي الكبير : للماوردي, مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٢٥, ٣٢٦, الفتاوى الفقهية الكبرى: لابن حجر الهيتمي, ج ٤, ص ٢٩٠.

(٧١) كشاف القناع عن متن الإقناع : منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي, طبعة ١٤٠٢هـ, دار الفكر , ج ٦, ص ٢٨٨, نسخة محققة قام بها هلال مصيلحي هلال"

(٧٢) المنتقى شرح الموطأ : لأبي الوليد الجزء الخامس , ص ٢١٦.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن المحكم بمنزلة الوكيل بالمعقول:

من وجهين :

الأول: إنه حاكم خاص والولاية عامة .

الثاني: إن حكم المحكم إنما يكون بإذن من يحكم له أو عليه – وهذا معنى الوكالة– أما الولاية فإنه لا يعتبر في ذلك تحكيم المتخاصمين.

ونوقش هذا الاستدلال: إن المحكم يعد والياً لاختصاصه بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضيان به، والوكالة لا تكون بحضرة الموكل إلا بما يرضان به فيكون المحكم والياً إلا أن ولايته ولاية خاصة على المتخاصمين, وتتعلق بالنزاع المعروض عليه فقط(٧٣).

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في الشروط التي تتعلق بالمحكم.

فمن رأى من الفقهاء: أن المحكم يعد والياً وأنه بمنزلة القاضي بين الخصوم في النزاع اشترط في المحكم توفر شروط القضاء .

ومن رأى من الفقهاء : أن المحكم بمنزلة الوكيل اكتفى بشروط الوكالة في المحكم.

الرأي المختار : إن الرأي المختار في التكييف الفقهي للمحكم هو اعتباره قاضياً في المسألة محل التحكيم, فيشترط فيه ما يشترط في القاضي, والحكم الصادر منه بمنزلة الحكم القضائي, لأنه لو كان وكيلاً لما جاز له مخالفة الموكل فيما وكله فيه, والمحكم يجوز له مخالفة المحتكم وأن يحكم عليه بما يتضح له من حق وصواب. **والله أعلم,,,**

(٧٣) المنتقى شرح الموطأ : لأبي الوليد الباجي , مرجع سابق, ج ٥, ص ٢١٦.

الفصل الثاني
أثر الاعتبار الشخصي في التحكيم

تمهيد وتقسيم:

إن الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم يقوم على عدد من العناصر التي لابد من توفرها, وهذه العناصر منها ما يلزم توفره في المحتكمين, ومنها ما يلزم توفره في المحكم, ويترتب على توفر الاعتبار الشخصي أثار في التحكيم.

وسوف نتناول ما يتعلق بالاعتبار الشخصي من حيث إعماله على أطراف التحكيم, والأثار التي تترتب عليه في هذا الفصل, وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: إعمال مبدأ الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم.

المبحث الثاني: دور الاعتبار الشخصي في الأثار المترتبة على العملية التحكيم.

المبحث الثالث: أثر فوات مبدأ الاعتبار الشخصي على حكم التحكيم.

المبحث الأول
إعمال مبدأ الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم

تمهيد وتقسيم:

يقوم الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم على عدد من العناصر التي تكوِّن هذا المبدأ بحيث يظهر واضحاً جلياً, وأهم هذه العناصر هو توفر الأهلية في أطراف التحكيم, وكذلك الشروط التي يجب توفرها في أطراف التحكيم

ولتوفر الأهلية في أطراف التحكيم اهمية في مجال البحث لذا قد خصصت هذا المبحث لتناول دور الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم, وذلك فيما يتعلق بالمحتكمين– المتنازعين– وشخص المحكم ذاته, وقسمته إلى مطلبين :

أتناول في المطلب الأول: الاعتبار الشخصي للمحتكمين, وأتناول في المطلب الثاني: الاعتبار الشخصي للمحكم.

المطلب الأول
الاعتبار الشخصي للمحتكمين

إن مبدأ الاعتبار الشخصي يقوم على عدد من العناصر منها: توفر الأهلية في المحتكمين – أطراف النزاع – للجوء للتحكيم, ويظهر إعمال هذا المبدأ جلياً في الشروط الواجب توفرها في المحتكمين لصحة التحكيم, وسوف نتناول هذه الشروط في هذا المطلب .

الشروط الواجب توفرها في المحتكِمين – الخصوم– : تتوقف معرفة الشروط اللازم توفرها في أطراف التحكيم على طبيعة العقد من كونه عقداً نافعاً, أو ضاراً, أو دائراً بين النفع والضرر.

وبالنظر إلى عقد التحكيم نجد أن التحكيم في حق الخصوم هو عقد من العقود الدائرة بين النفع والضرر(٧٤), كما أنه يعد من قبيل الولاية حيث إن كلاً من المحتكمين قد رضي تولية المحكم للفصل في النزاع الذي نشأ بينهم, ومن ثم يشترط في المحتكمين توفر الأهلية لإبرام العقد الدائر بين النفع والضرر, وكذلك الأهلية للتولية حتى يكون التحكيم صحيحاً.

ولقد تناول الفقهاء الشروط التي تتعلق بالمحتكِم في باب التحكيم, والضابط في اشترط الفقهاء لهذه الشروط هو ***أهلية المحتكم في تولية غيره للفصل في النزاع***, فلا يكفي توفر أهلية التصرف – كما في غيره من العقود– بل يجب توفر أهلية التولية كذلك.

- **الشروط التي تتعلق بالمحتكم**– : يشترط في المحكتم لصحة التحكيم أن تتوفر فيه أهلية التصرف, أي أن يكون ممن يصح منه التصرف على وجه مشروع(٧٥), ولتحقق هذا لابد من توفر شرطين:

الشرط الأول: *العقل*: فقد اتفق الفقهاء على اشتراط العقل في المحتكم باعتبار أن العقل هو أساس التكليف في التصرفات الشرعية ولما كان التحكيم يعد

---

(٧٤) راجع ما سبق منم هذا البحث ص .

(٧٥) ويقصد بالتصرف هنا التصرف الدائر بين النفع والضرر, لأن التحكيم يحمل معنى الصلح وهو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر – راجع ما سبق .

عقداً من العقود وجب توفر أهلية التعاقد في المحتكمين[٧٦], وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة التصرف الصادر من غير العاقل، فلا يصح أن يكون المحتكم صبياً غير مميز، أو مجنوناً أو من في حكمهما[٧٧].

وجه ذلك: إن عبارة الصبي غير المميز والمجنون غير معتبرة، وملغاة فلا يصح منهما – ومن في حكمهما– التصرف وإن كان تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً[٧٨].

الشرط الثاني: ***"البلوغ":*** إن التحكيم – كما ذكرنا – يعد عقداً من العقود, وهو عقد من العقود الدائرة بين النفع والضرر, وقد اختلف الفقهاء في مدى اشتراط البلوغ لصحة العقد الدائر بين النفع والضرر, وكان اختلافهم على ثلاثة أراء:

الرأي الأول : يرى أصحابه أن البلوغ يعد شرطاً لنفاذ التصرف، ولا يعد شرطاً لصحته، فيصح التصرف الصادر من الصبي المميز إلا أنه يكون موقوفاً على إذن وليه.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف[٧٩]، والمالكية[٨٠] .

---

(٧٦) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص٢٤, الدر المختار: للحصكفي, مرجع سابق, ج ٥, ص ٤٢٨, التاج والإكليل: للعبدري, مرجع سابق, ج ٦, ص ١١٢, الشرح الكبير: للدرير, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٢٧, الوسيط : للغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٢, الروض المربع بشرح زاد المستقنع: للنجدي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٣٣, الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج, ٢, ص ١٧٥ " وهو مبني على اشتراط صحة التصرف بصفة عامة"

(٧٧) البحر الرائق: لابن نجيم، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٨٦.

(٧٨) حاشية رد المحتار: لابن عابدين، مرجع سابق،ج ٨، ص ٦، الذخيرة : القرافي، مرجع سابق، ج٩، ص ٢٤٣، مغني المحتاج : الشربيني، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٧٢، الإنصاف: المرداوي، ج ٥، ص ١٦٦.

(٧٩) العناية شرح الهداية: للمرغيناني، مرجع سابق،ج ١٠، ص ١٨١، بدائع الصنائع: للكاساني، مرجع سابق، ج ٦، ص١٦، الفتاوي الهندية: للشيخ نظام، مرجع سابق،ج ٣، ص ٢٩٥.

(٨٠) مواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج ٦، ص٣١، وما بعدها" وهذا الشرط مستمد من الشروط اللازم توفرها في العاقد بصفة عامة" أنظر في ذلك كتاب البيع, وقد ذكر صاحب

الـرأي الثـاني: يـرى أصـحابه أن البلـوغ شـرط لصـحة التصـرف، فـلا يصـح التصرف من الصبي غير البالغ، وإن أذن له وليه.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية(٨١).

الـرأي الثالـث: يـرى أصـحابه أن البلـوغ شـرط لصـحة التصـرفات، فـلا يصـح التصرف من الصبي غير البالغ، إلا أنه إذا أذن له وليه صحت.

وإلى هذا الرأي ذهب الحنابلة(٨٢).

سـبب الاخـتلاف: يرجـع سبب الاختلاف بين الفقهاء فـي هذه المسألة إلـى اختلافهم في مناط التصرف هل هو العقل، أم البلوغ؟

فمن رأي من الفقهاء أن مناط التصرف هو العقل ذهب إلـى صـحة التصـرف من الصبي المميز، إلا أنها لا تكون نافذة إلا بالإذن من الولي.

ومـن رأي مـن الفقهـاء أن منـاط التصـرف هـو البلـوغ ذهـب إلـى عـدم صـحة التصرف من الصبي حتى مع وجود الإذن من وليه.

ومـن رأي مـن الفقهـاء أن منـاط التصـرف هـو البلـوغ ذهـب إلـى عـدم صـحة التصـرف مـن الصـبي إلا إذا وجـد الإذن مـن وليـه فـي التصـرف، فـإن أذن لـه صـح تصرفه.

والرأي المختـار : هو الرأي القائل أن التحكيم باعتباره تصرفاً من التصرفات فلابد أن يكون المحتكم ممن توفر فيه أهلية التصرف بأن يكون الشخص بالغاً عاقلاً

المواهب أن الصـلح بيـع مـن البيوع فيجـب تـوفر أهليـة المعاملـة فـي المصـالح والمصـالح, فيشترط فيه ما يشترط في البيع. أنظر مواهب الجليل : للحطاب: المرجع السابق, ج ٧, ص ٤.

(٨١) الوسيط : للغزالي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٢، وهو مبني على اشتراط صحة التصرف بصفة عامة في العقود " أنظر كتاب البيع", حاشية عميرة: شهاب الدين أحمد الرلسي الملقب بعميرة, ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م دار الفكر, لبنان – بيروت, ج٢, ص ٣٨٣, باب الصلح .

(٨٢) الروض المربع بشرح زاد المستقنع: للنجدي، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٣٣ " أنظر كتاب البيع", الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج, ٢, ص ١٧٥" باب الصلح"

رشيداً, وذلك لأن التحكيم يحمل معنى الصلح ولابد في الصلح من توفر أهلية المعاملة فلا يصح الصلح إلا ممن يملكه إلا في حال الإنكار وعدم البينة.

ويتعلق بأهلية المتحكم للتحكيم عدد من المسائل منها: مدى جواز التحكيم من الوكيل – والوصي – والمرتد.

أ- ***" مدى جواز كون الوكيل محتكماً"***: اتفق الفقهاء على أن الوكيل وكالة عامة لا يملك التحكيم فلابد من وجود وكالة خاصة بالتحكيم, فلو وكله بالخصومة فقط لم يملك الوكيل التحكيم, كما لا يجوز لوكيل الغائب أن يصالح عن موكله إلا أن ينص له على ذلك(٨٣)

واستدل الفقهاء على هذا بالمعقول :

فقالوا: إن الوكيل لا يملك الصلح ومن لا يملك الصلح لا يملك التحكيم, لأن التحكيم صلح معنى, أما لو وكله بالخصومة والصلح معاً جاز أن يكون محتكماً(٨٤).

ب- ***مدى جواز كون وصي الصغير محتكماً في مال الصغير***: اختلف الفقهاء في مدى جواز كون وصي الصغير محتكماً في مال الصغير على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه عدم جواز كون وصي الصغير محتكماً في مال الصغير .

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية (٨٥).

---

(٨٣) المحيط البرهاني: محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازه: دار إحياء التراث العربي, ج٨, ص ٦١٣, البهجة في شرح التحفة : أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي, الطبعة الأولى, ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨م, دار الكتب العلمية , لبنان– بيروت, مرجع سابق, ج ١, ص ٣٢٦, نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير, دار الفكر للطباعة, ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م, بيروت, ج ٨, ص ٢٤٢, حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد): سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي المكتبة الإسلامية, ديار بكر – تركيا, الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة, مرجع سابق, ج٢, ص ١٣٦.

(٨٤) المراجع السابقة ذات الصفحات.

الراي الثاني: يرى أصحابه كون وصي الصغير محتكماً في مال الصغير يكون موقوفاً على مصلحة الصغير.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف [٨٦].

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بعدم صحة أن يكون وصي الصغير محتكماً بالمعقول:

فقالوا: إن وصي الصغير لا يملك الصلح في مال الصغير لما في ذلك من إضرار بالصغير, والتحكيم هو صلح معنى, ومن لا يملك الصلح لا يملك التحكيم.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن تحكيم وصي الصغير يكون موقوفاً على مصلحة الصغير بالمعقول:

فقالوا: إن تحكيم وصي الصغير يكون موقوفاً لمصلحة الصغير, فإن صدر الحكم بما فيه ضرر على مال الصغير لا يصح لأنه بمنزلة صلح, والوصي لا يملكه وإن كان في حكمه نفع للصغير يصح حكمه.

الراي المختار : إن الرأي القائل بعدم جواز كون وصي الصغير محتكماً في مال الصغير هو الرأي المختار, وذلك للنظر لمصلحة الصغير, كما أن التحكيم فيه معنى الصلح والصلح فيه معنى الإسقاط, ووصي الصغير لا يملك إسقاط حق الصغير أو بعض منه لدى الغير فلا يملك التحكيم في ماله.

كما أن القول بأن التحكيم يكون موقوفاً على مصلحة الصغير – فإذا صدر الحكم لمصلحة الصغير جاز أن يكون الوصي محكتماً, أما إذا كان الحكم فيه إضرار بالصغير فلا يجوز أن يكون الوصي محتكماً– فيه خلط للمراكز الفقهية فأيهما يكون أولاً هل كون الوصي محتكماً أم صدور الحكم .

والله أعلم ,,,

ج- ***مدى جواز التحكيم من غير المسلم:*** لا يشترط في التحكيم أن يكون المحتكم مسلماً فيصح التحكيم من غير المسلم, فيصح التحكيم من الذمي

---

(٨٥) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٤٢, حاشية الشرواني: لعبد الحميد, مرجع سابق, ج١٠, ص ١١٨.

(٨٦) المحيط البرهاني: لبرهان الدين مازه: مرجع سابق, ج٨, ص ٦١٣.

والمستأمن, وذلك لأنه أهل للتصرف والصلح, وأهل للشهادة فيصح أن يكون أهلاً للتحكيم.

أما تحكيم المرتد فقد اختلف الفقهاء فيه على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن تحكيم المرتد موقوف على إسلامه فإن أسلم صح تحكيمه ونفذ, أما إذا حُكم بلحوقه بدار الحرب, أو قتل بطل تحكيمه.

وإلى هذا الرأي ذهب الأمام أبو حنيفة (٨٧) والمالكية (٨٨) والشافعية(٨٩) وإحدى الروايتين الحنابلة(٩٠).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن تحكيم المرتد جائز سواء أسلم أو قتل.

وإلى هذا الرأي ذهب الصاحبان من الأحناف(٩١) والحنابلة في الرواية الثانية(٩٢).

الأدلة:

---

(٨٧) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٤, الفتاوى الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٩٨, حاشية تكملة المحتار عل الدر المختار: لابن عابدين, مرجع سابق,ج ٥, ص ٤٢٨.

(٨٨) الذخيرة : للقرافي, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٥٥" كتاب الحجر"

(٨٩) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: شيخ الإسلام زكريا الأنصاري, الطبعة الأولى, ١٤٢٢هـ – ٢٠٠٠م , دار الكتب العلمية – بيروت , ج ٤, ص ١٢٣. الأشباه والنظائر : للسيوطي, مرجع سابق, ص ٥١٨. "بناءً على أن ملك المرتد موقوف على إسلامه"

(٩٠) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد : أبو البركات، مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني, الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م, مكتبة المعارف, الرياض– السعودية, ج ٢, ص١٦٨ , القواعد الفقهية: أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب المعروف "ابن رجب الحنبلي", دار الكتب العلمية, بيروت – لبنان, ص ٤١٢.

(٩١) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٤, الفتاوى الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٩٨, حاشية تكملة المحتار عل الدر المختار: لابن عابدين, مرجع سابق,ج ٥, ص ٤٢٨.

(٩٢) القواعد الفقهية: لابن رجب الحنبلي, مرجع سابق, ج٣, ص ٤١٢.

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : بأن تحكيم المرتد موقوف على إسلامه بالمعقول:

فقالوا: إن تصرفات المرتد ومنها التحكيم تكون موقوفة على إسلامه فإن أسلم نفذ تحكيمه, وإن مات أو قتل فهو على ردته.

استناداً إلى أن تصرفات المرتد ومنها التحكيم تكون موقوفة على إسلامه فإن أسلم نفذ تحكيمه, وإن مات أو قتل فهو على ردته.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : بأن تحكيم المرتد صحيح بالمعقول:

فقالوا:إن التحكيم تولية صورة صلح معنى, والمرتد يملك الصلح والتصرف في ماله فيجوز تحكيمه.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن المرتد محجور عليه في التصرف في المال لأجل الردة, فهو لا يقر على ردته, ولا يجوز له التحكيم أو إبرام الصح في المال.

الرأي المختار : هو الرأي القائل بأن تحكيم المرتد موقوف على إسلامه وذلك لأنه تصرف من التصرفات ولأن ملكية الأموال التي كان يملكها تكون فيئاً لبيت مال المسلمين والمرتد لا يقر على ردته, فإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل تحكيمه, وإن أسلم استقر ملكه وصح تحكيمه. **والله أعلم** ,,,

المطلب الثاني
الاعتبار الشخصي للمحكم

إن مبدأ الاعتبار الشخصي يظهر في شخصية المحكم عند اختياره للفصل في المنازعة واللجوء إليه من قبل المحتكمين, ويقوم هذا المبدأ على توفر عدد من الشروط في المحكم, وذلك في أهلية المحكم للتحكيم وسوف نتناول هذه الشروط التي نحاول إظهار الاعتبار الشخصي من خلالها:

الشروط اللازم توفرها في المحكَم: تناول الفقهاء الشروط التي تتعلق بالمحكم في باب التحكيم, وأساس اشترط الفقهاء لهذه الشروط هو أهلية المحكم للفصل في المنازعة والحكم فيها, ولقد اختلف الفقهاء في هذه الأهلية هل هي أهلية القضاء أم أنها أهلية الشهادة, ولهذا اختلف الفقهاء في الشروط التي يجب توفرها في المحكم, وسوف نتناول هذه الشروط ثم نبين أهمية الاعتبار الشخصي فيها:

وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: *العقل*: اتفق الفقهاء على أنه لابد أن يكون المحكم عاقلاً, فالعقل مناط التكليف, كما أن المحكم لابد فيه من توفر أهلية الشهادة وغير العاقل ليس أهلاً للشهادة, فلا يصح أن يكون المحكم غير عاقل(٩٣).

الشرط الثاني: *البلوغ*: اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون المحكم بالغاً فلا يجوز تحكيم الصبي غير المميز, لاشتراط أن يكون المحكم من أهل الشهادة, والصبي لا تتوفر فيه أهلية الشهادة, كما لا تتوفر فيه أهلية القضاء فلا يصح توليته التحكيم (٩٤)

الشرط الثالث: *التعيين:* فيشترط في المحكم أن يكون معيناً ومعلوماً فلا يصح تولية محكم مجهولٍ للمحتكمين, فلو حكم الخصمان أول من يدخل المسجد لم يجز لعدم الصلح عليه, ولما في ذلك من الجهالة إلا إذا رضوا به بعد العلم به(٩٥).

والتعيين قد يكون في شخص المحكم وقد يكون في صفة من صفاته, وقد يتم التعيين من قبل الخصوم أنفسهم, وقد يكون من خلال الاتفاق على أن يسندا أمر التعيين إلى غيرهما برضاهما.

ولا يشترط أن يكون المحكم معلوماً للمحتكمين قبل التحكيم فيجوز تحكيم شخص لا يعرفانه للحكم في المنازعة (٩٦).

ويعد من قبيل التعيين لجوء الخصمين للمحكم للفصل في الخصومة, فإذا اتفقا على حَكَمٍ ليفصل في الخصومة ولم يعيناه ولكنهما اختصما إليه فإن هذا يعد

---

(٩٣) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٤, الفتاوى الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٦٩,

(٩٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر, دار الكتب العلمية, بيروت– لبنان, ج٤, ص٦٤٠, (تعريب المحامي فهمي الحسيني) حواشي الشرواني والعبادي: عبد الحميد المكي الشرواني (المتوفى : ١٣٠١هـ) وأحمد بن قاسم العبادي (المتوفى : ٩٩٢هـ), ج ١٠, ص ١١٨, [الكتاب حاشية على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي (المتوفى : ٩٧٤ هـ) الذي شرح فيه المنهاج للنووي]

(٩٥) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٤, الفتاوى الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٦٩,

(٩٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر, مرجع سابق, ج٤, ص٦٤٠.

تعييناً له, كذلك الأمر إذا اتفقا على تحكيم أحد الشخصين – فلان أو فلان– ثم ترافعا إليه فإن هذا يعد تعييناً له فإذا حكم صح تحكيمه ونفذ حكمه.

ويثير هذا الشرط تساؤلاً مؤداه : ما الحكم إذا لجأ الخصوم إلى مركز من مراكز التحكيم دون تعيين المحكمين من قبلهم – الخصوم– ثم قام المركز بتعيين المحكمين, فهل يتوفر شرط التعيين في هذه الصورة في المحكمين أم لا؟

والإجابة على هذا التساؤل تتوقف على تكييف العلاقة بين الخصوم ومركز التحكيم الذي لجأ إليه الخصوم.

ونجد أن العلاقة بين الخصوم ومركز التحكيم – في هذه الصورة– هي علاقة وكالة, فالخصوم قد قاموا بتوكيل المركز في تعيين المحكمين للفصل في النزاع القائم بينهم, فيكون المركز نائباً عن الخصوم في تعيين المحكمين, فيتوفر في حق المحكمين شرط التعيين في هذه الحالة, ويصح التحكيم.

الشرط الرابع: "***الإسلام***" : نفرق في اشتراط كون المحكم مسلماً بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: إذا كان التحكيم بين مسلمين.

الفرض الثاني: إذا كان التحكيم بين غير مسلمين.

الفرض الثالث: إذا كان أحد أطراف الخصومة مسلماً والآخر غير مسلم.

فأما بالنسبة للفرض الأول: *إذا كان التحكيم بين مسلمين* : فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز تحكيم غير المسلم بين المسلمين .

استناداً : إلى أن التحكيم من قبيل الولاية التي يقوم فيها المحكم مقام القاضي والوالي فلا يصح تولية غير المسلم على المسلم للحكم, والمحكم لابد أن يكون عدلاً والإسلام شرط للعدالة وغير المسلم ليس عدلاً فلا يصح أن يكون محكماً (٩٧).

---

(٩٧) البحر الرائق: لابن نجيم , مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٤, شرح ميارة الفاسي:لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي, ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م دار الكتب العلمية, لبنان– بيروت, ج١, ص ٢٠, حاشية الصاوي على الشرح الصغير : لأحمد الصاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٨٦ وما بعدها, حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين: أبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي, دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع, بيروت , ج ٤, ص ٢٢١, الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرادوي,

وأما بالنسبة للفرض الثاني: *إذا كان التحكيم بين غير المسلمين*: فلا يشترط في المحكم أن يكون مسلماً فيجوز أن يكون المحكم غير مسلم, فإذا حكم ذميان ذمياً فإن التحكيم جائز لأنه من أهل الشهادة عليهما, فيصح التحكيم وينفذ حكمه(٩٨).

وأما بالنسبة للفرض الثالث: *إذا كان أحد الخصوم مسلماً والآخر غير مسلم*: فهل يجوز تحكيم غير المسلم في هذا الفرض أم لا؟ ويقترب من هذه المسألة إذا اتفق المحتكمون على أن يحكموا اثنين مسلماً وغير مسلم(٩٩).

فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول : يرى أصحابه إلى عدم جواز تحكيم غير المسلم إذا كان أحد الخصوم مسلماً.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في قول ضعيف(١٠٠)والمالكية(١٠١), والشافعية (١٠٢), والحنابلة(١٠٣).

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن تحكيم غير المسلم إذا كان أحد الخصوم مسلماً موقوف على ما يصدر من المحكم.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في المشهور(١٠٤).

مرجع سابق, ج ٤, ص ١٠٢, مطالب أولي النهى: للسيوطي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٤٦٦.

(٩٨) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٤, الفتاوى الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٦٩.

(٩٩) أي اتفقوا على أن تكون هيئة التحكيم تتكون من عدد شفعٍ أو وترٍ وكان من بينهم غير مسلم.

(١٠٠) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٥, وقال "*إن هذا هو المذكور في المحيط*".

(١٠١) شرح ميارة الفاسي:لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي, مرجع سابق, ج١, ص ٢٠.

(١٠٢) حاشية إعانة الطالبين للدمياطي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٢١.

(١٠٣) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرادوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٠٢, مطالب أولي النهى: للسيوطي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٤٦٦.

الأدلة:

<u>استدل أصحاب الرأي الأول القائل :</u> بعدم جواز تحكيم غير المسلم إذا كان أحد الخصوم غير مسلم بالمعقول:

فقالوا: إن التحكيم في هذه الصورة يكون من قبيل الولاية لغير المسلم على المسلم وهذا لا يجوز .

<u>واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل:</u> بأن تحكيم غير المسلم إذا كان أحد الخصوم مسلماً موقوف على ما يصدر من الحكم بالمعقول:

فقالوا:إنه ينظر إلى الحكم الصادر من المحكم وفرقوا بين أمرين(١٠٥):

الأول: <u>إذا صدر الحكم لصالح المسلم فإن الحكم يكون جائزاً</u>: استناداً إلى أن الحكم كان لصالحه, والحكم الصادر كان على غير المسلم فالولاية في هذه الصورة تكون لغير المسلم على غير المسلم, وهو ممن تصح شهادته عليه فيصح حكمه كذلك.

الثاني <u>إذا صدر الحكم على المسلم فلا يصح التحكيم</u>: استناداً إلى أن الحكم الصادر كان على المسلم من غير المسلم ويعد هذا من قبيل الولاية غير الجائزة فلا يصح التحكيم.

ونوقش هذا الاستدلال من ناحيتين(١٠٦):

الأولى: إن القول بأن من صحت شهادته صح حكمه يحتاج إلى نظر, وذلك لأن ولاية الشهادة أدنى من ولاية الحكم, فيشترط فيمن يتولى الحكم أن يكون أهلاً للشهادة, وليس بالضرورة أن من تتوفر فيه أهلية الشهادة أن يكون أهلاً للحكم.

الثانية: إن القول بأن حكم الذمي على الذمي صحيح وحكمه على المسلم غير صحيح – إذا كان التحكيم للذمي بين المسلم والذمي– يؤدي إلى نتيجة غير منطقية في واقعة واحدة حيث يكون الحكم صحيحاً في جانب وغير صحيح في جانب آخر, وهذا أمر يؤدي إلى التناقض في المراكز الفقهية.

---

(١٠٤) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٥.

(١٠٥) الفتاوى الهندية: للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٢٩٧.

(١٠٦) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د. إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ص ٨٠.

الرأي المختار: هو الرأي القائل بعدم جواز تحكيم غير المسلم في الخصومة التي يكون المسلم طرفاً فيها, لأن التحكيم يكون من قبيل الولاية, ولا ولاية لغير المسلم على المسلم قياساً على القضاء . **والله أعلم ,,,**

ويؤخذ من هذا أن شخصية المسلم ذات اعتبار في حال التحكيم بين المسلمين, أما إذا كان التحكيم بين غير المسلمين فلا يشترط أن يكون المحكم مسلماً, فلا اعتبار لشخصية المحكم من كونه مسلماً او غير مسلم فيستوي الأمران.

الشرط الخامس: ***العدالة*** " [١٠٧]: من الشروط التي اتفق الفقهاء على اشتراطها في المحكم العدالة, وهذا الشرط به موطن اتفاق وموطن اختلاف بين الفقهاء.

فأما موطن الاتفاق: فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز تولية الفاسق المحدود في حد القذف التحكيم[١٠٨].

استناداً: إلى أن الفاسق المحدود في حد القذف ليس أهلاً للشهادة ومن لم تتوفر فيه أهلية الشهادة لا يجوز توليته التحكيم, قال تعالى **(وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)** [١٠٩]

كما اتفق الفقهاء على اشتراط العدالة في المحكم في مجال التحكيم, إلا أنهم قد اختلفوا في الوصف الفقهي لهذا الشرط

---

(١٠٧) والعدالة في اللغة هي : الاستقامة, قال بعض العلماء في تعريفها :" *صفة توجب مراعاتها الاحتراز عما يخلّ بالمروءة عادة ظاهرا*" وفي الشرع هي: "الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور دينا" والعدل هو :"*من اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه واجتنب الأفعال الخسيسة*"

أنظر التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني, الطبعة الأولى، ١٤٠٥, دار الكتاب العربي – بيروت, ص ١٩١, ف ٩٥٥, المصباح المنير : للفيومي, مرجع سابق, ج ١, ص ٢٠٦.

(١٠٨) المبسوط : شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي, الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م, دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان, ج ٩, ص ١١٩" نسخة محققة قام بها :(خليل محي الدين الميس)؛ تبيين الحقائق : للزيلعي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢١٩.

(١٠٩) سورة النور جزء من الأية رقم (٤).

وأما موطن الاختلاف: فقد اختلف الفقهاء في وصف شرط العدالة في المحكم لتوليه التحكيم فهل هو شرط جواز وتولية أم أنه شرط كمال ؟ وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه اشتراط العدالة في المحكم لصحة تولية التحكيم فلا يصح تولية الفاسق التحكيم.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية(١١٠), والشافعية(١١١), والحنابلة (١١٢).

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن العدالة شرط كمال في المحكم وليست شرط صحة, فيجوز تولية الفاسق التحكيم إلا أن الأولى عدم توليته التحكيم.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف(١١٣) .

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : باشتراط العدالة في المحكم بالكتاب, والقياس, والمعقول .

فأما الكتاب : فأيات منها :

- قوله تعالى **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ)** (١١٤)

---

(١١٠) حاشية الشرح الصغير: لأحمد الصاوي, مرجع سابق, ج٤, ص ١٨٧, التاج والإكليل: للعبدري, مرجع سابق, ج ٦, ص ١١٢, شرح ميارة الفاسي: لأبي عبد الله محمد بن أحمد, مرجع سابق, ج ١, ص ٢٠.

(١١١) الحاوي الكبير :للماوردى, مرجع سابق, ج ٦, ص ٣٢٥, حواشي الشرواني: وابن القاسم العبادي,: مرجع سابق, ج, ١٠ص ١١٨, إعانة الطالبين : لأبي بكر الدمياطي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٢١.

(١١٢)الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرادوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٠٢, مطالب أولي النهى: للسيوطي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٤٦٦.

(١١٣) اللباب في شرح الكتاب: للغنيمي, مرجع سابق, ص ٣٨٠؛ بدائع الصنائع : للكاساني, مرجع سابق, ج ١٥, ص ٤ . *"إلا أن الأولى عدم تقلده القضاء فالعدالة شرط كمال لا شرط جواز"*

(١١٤) سورة الحجرات أية رقم (٦) .

وجه الاستدلال: إن الله أمر بالتثبت والتبين في خبر الفاسق, وهذا يدل على عدم قبول شهادة الفاسق في باب الشهادة لما فيها من الاعتداء على الناس وحقوقهم, وإذا ثبت هذا في الشهادة ففي التحكيم من باب الأولى.

- وقوله تعالى **(وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء)** [١١٥] وقوله جل جلاله **(وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ)** [١١٦]

وجه الاستدلال : إن هذه الأيات تدل على اشتراط العدالة في الشاهد حفظاً للحقوق من الضياع, والفاسق ممن لا نرضى به في الشهادة, وهو غير عدل, فإذا ثبت اشتراط العدالة في الشاهد ففي المحكم من باب أولى.

وأما القياس : فقياس المحكم على القاضي بجامع الولاية في كل, فكما لا يجوز تولية الفاسق القضاء كذلك لا يجوز تولية الفاسق التحكيم.

وأما المعقول: فإن المحكم بمنزلة القاضي يحكم بين الناس بالحق فيجب أن يكون عدلاً لجواز تقليده التحكيم, أما إذا تخلف شرط العدالة فالظاهر أنه لا يقضي بالحق فيجب توفر صفة العدالة فيه.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : بعدم اشتراط العدالة في المحكم بالقياس.

فقالوا: بقياس المحكم على الشاهد فكما يجوز قبول شهادة الفاسق يجوز كذلك توليته التحكيم.

وهذا إعمال للقاعدة التي استندوا إليها :"*أن من تقبل شهادته يقبل توليته التحكيم*"

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول بقبول شهادة الفاسق أمر غير مسلم به فلا تصح شهادة الفاسق عندنا, ومن ثم لا تصح توليته التحكيم.

الرأي المختار: إن الرأي القائل بعدم تولية الفاسق – غير العدل– التحكيم هو الرأي المختار, لأن في القول بقبول تولية غير العدل التحكيم فيه ضياع للحقوق لا سيما إذا كان أحد الخصوم لا يعرف بفسقه, فالأولى عدم تولية الفاسق التحكيم كما لا يجوز توليته القضاء. **والله أعلم** ,,,

---

(١١٥) سورة البقرة جزء من الأية رقم (٢٨٢) .

(١١٦) سورة الطلاق جزء من الأية رقم (٢) .

الشرط السادس: ***الذكورة:*** من الشروط التي اختلف الفقهاء في اشتراطها في المحكم شرط الذكورة, فهل يشترط في المحكم أن يكون ذكراً أم لا؟

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه : اشتراط الذكورة في المحكم فلا يصح تولية المرأة التحكيم .

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في المشهور[١١٧], والشافعية [١١٨], والحنابلة في المشهور[١١٩].

الرأي الثاني: يرى أصحابه عدم اشتراط الذكورة في المحكم فيصح تولية المرأة التحكيم فيما تجوز فيها شهادتها .

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف[١٢٠], والمالكية في رواية "وهو قول أشهب"[١٢١], والحنابلة في رواية [١٢٢] والظاهرية[١٢٣]

---

(١١٧) التاج والإكليل: للعبدري, مرجع سابق, ج ٦, ص ١١٣. وهي رواية سحنون, الذخيرة: للقرافي, مرجع سابق, ج ١٠, ص ٢٧ .

(١١٨) حواشي الشرواني, وابن القاسم العبادي, مرجع سابق, ج ١٠, ص ١١٨, مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج محمد الخطيب الشربيني, دار الفكر, بيروت– لبنان, ج ٤, ص ٣٤٦.

(١١٩) المغني: لابن قدامة , مرجع سابق, ج ١١, ص ٣٨١, الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٢١.

(١٢٠) البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٦, حاشية رد المحتار: لابن عابدين, مرجع سابق, ج ٥, ٤٢٨.

(١٢١) الذخيرة للقرافي: مرجع سابق, ج ١٠, ص ٣٦, التاج والإكليل: للعبدري, مرجع سابق, ج ٦, ص ١١٣. وهي رواية أصبغ.

(١٢٢) الشرح الممتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى : ١٤٢١هـ), الطبعة الأولى: ١٤٢٢ – ١٤٢٨ هـ , دار ابن الجوزي, ج١٥, ص ٢٧٥ وقد ذكر "*أن ما سوى القضاء من الشهادات، أو أن تكون حَكَماً في صلح، أو أن تكون قايفة وتحكم بالقيافة التي تعرفها، وما أشبه ذلك فإنه لا بأس به، لكن في القضاء لا يصح ولو كان القضاء بين نساء*"

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل : باشتراط الذكورة في المحكم فلا يصح تولية المرأة التحكيم بالسنة, والقياس, والمعقول

فأما السنة : فما روي عن أبي بكرة قال عصمني الله بشيء سمعته من رسول الله – صلى الله عليه وسلم– لما هلك كسرى قال : من استخلفوا قالوا : ابنته قال : فقال : **"** لن يفلح قوم ولوا أمرهم إمرأة **"** قال: فلما قدمت عائشة ذكرت قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فعصمني الله به(١٢٤)"

وجه الاستدلال: إن الحديث نهى عن تولية الأمر لإمرأة وفي ذلك إشعار على عدم الفلاح حال تولي المرأة أمراً من الأمور العامة, وهو من باب العموم فيشمل التحكيم وغيره, ولما كان التحكيم من باب الولاية فلا يصح تولية المرأة التحكيم.

وقد يناقش هذا الاستدلال: بأن المنهي عنه في الحديث تولية المرأة الأمر العام – وهو الخلافة– , أما غير هذا من الأمور الخاصة فيجوز, ويدل على هذا حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **"المرأة راعية على مال زوجها و هي مسئولة عن رعيته"**(١٢٥), فدل هذا على جواز تولية المرأة بعض الأمور.

---

(١٢٣) المحلى بالأثار : لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى : ٤٥٦هـ), دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع, ج٩, ص ٤٢٩, رقم المسألة (١٨٠٠)

(١٢٤) المستدرك على الصحيحين: أبو عبد الله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري, الطبعة الأولى، ١٤١١ – ١٩٩٠, دار الكتب العلمية – بيروت, , مع تعليقات الذهبي في التلخيص , ج ٣, ص ١٢٨, الحديث رقم (٤٦٠٨), (نسخة محققة قام بها : مصطفى عبد القادر عطا). ولقد ورد هذا الحديث بألفاظ منها :" **لن يفلح قوم تملكهم ا مرأة**" أنظر المستدرك عل الصحيحين: للحاكم النيسابوري, المرجع السابق, ج ٤, ص ٢٢٤, كتاب الأدب, رقم الحديث (٧٧٩٠), المرجع السبق ج ٤, ص ٥٧٠, كتاب الفتن والملاحم, رقم الحديث (٨٥٩٩) وفي مسند الإمام أحمد عن أبي بكرة عن رسول الله ρ أنه قال :" **لا يلفح قوم أسندوا أمرهم إمرأة**" ج ٥, ص ٤٣, رقم الحديث (٢٠٤٥٥) , وقال شعيب الأرنؤوط حديث صحيح.

(١٢٥) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: محمد فؤاد عبيد الباقي, ص ٥٩٤, أخرجه البخاري كتاب العتق, باب كراهية التطاول على الرقيق.

فأمـا القيـاس : فقيـاس التحكيم علـى القضـاء بجـامع الولايـة فـي كـل فكمـا يشترط في القاضي أن يكون ذكراً يشترط كذلك في المحكم.

ويـنـاقش هذا الاسـتدلال: بـأن المقيس عليه من الأمور المختلف فيها بين الفقهاء فلا يجوز أن يكون أصلاً يقاس عليه.

وأمـا المعقـول: فإن التحكيم من بـاب الولاية وفرع من القضـاء فكما يشترط في القاضي أن يكون ذكراً يشترط كذلك في المحكم.

ويمكـن أن يـنـاقش هـذا الاسـتدلال: بـأن التحكيم وإن كـان فيـه فصـل فـي الخصومات والمنازعات إلا أنه ليس من باب الولاية العامة, فالولاية فيه قاصرة على الخصوم دون غيرهم, والأمر راجع إليهم في تولية المحكم للفصل فيما بينهم.

ويـرد علـى هـذه المناقشـة : بـأن الأمـر فـي التحكيم وإن كـان قاصـراً علـى الخصوم إلا أن اختيارهم للمحكم يكون في نطاق محدد وبما يحدده الشرع, وبما يتفق مع الشروط التي يضعها الشرع.

<u>واسـتدل أصـحاب الـرأي الثـانـي القائـل</u> : بعدم اشتراط الذكورة فيمن يتولى التحكيم بالأثر, والقياس, والمعقول.

فأما الأثر: فقد جاء في الأثر أن عمر بن الخطاب τ ولي الشفاء, وهي امرأة من قومه ولاية الحسبة في السوق(١٢٦).

وجـه الاسـتدلال : إن فـي هذا الأثر دليل علـى جواز تـولي المرأة أمراً من الأمور العامة, فدل هذا على جواز توليتها التحكيم لما فيه من معنى الولاية.

وقد نوقش هذا الأثـر : بأن هذا الأثر لم يصح وهو من دسائس المبتدعة في الحديث فلا يلتفت إليه (١٢٧)

وأما القياس : فقياس جواز تولية المرأة التحكيم على جواز توليتها القضاء في غير الحدود والقصاص, فكما يجوز تولية المرأة القضاء يجوز توليتها التحكيم, ولا يشترط الذكورة فيمن يتولى التحكيم.

---

(١٢٦) المحلى: لابن حزم الظاهري, مرجع سابق, ج٩, ص ٤٢٩, رقم المسألة (١٨٠٠).

(١٢٧) الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي , طبعة: ١٤٢٣ هـ/ ٢٠٠٣ م , دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية, ج ١٣, ص ١٨٣.

ويناقش هذا الاستدلال: أن المقيس عليه وهو تولية المرأة القضاء من الأمور المختلف فيها بين الفقهاء فلا يصلح أن مقيساً عليه.

وأما المعقول: فإن التحكيم يعد ولاية والشهادة كذلك ولاية فكما يجوز قبول شهادة المرأة في الحقوق المالية يجوز كذلك قبول أن تكون حكماً في الحقوق, وذلك تطبيقاً للقاعدة أن من يجوز أن يكون شاهداً يجوز أن يكون حكماً.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول بأن من تقبل شهادته يجوز أن يكون حكماً أمر فيه نظر, وذلك لأن الشهادة من باب الولاية إلا أنها أدنى من التحكيم, فليس بالضرورة أن من يصلح أن يكون شاهداً يصلح أن يكون حكماً, لأن من يملك الأعلى وهو التحكيم, يملك الأدنى وهو الشهادة, وليس بالضرورة أن من يملك الأدنى وهي الشهادة يملك الأعلى وهو التحكيم.

الرأي المختار: هو الرأي القائل باشتراط الذكورة في المحكم لقوة استدلالهم وسلامتها من المعارضة, ولأن التحكيم في كثير من الأمور يحتاج تقليب الأمر ومشاورة الناس ومجالستهم خاصة إذا كان موضوع النزاع يحتاج إلى بحث ودراسة وروية, لاسيما إذا كان موضوع النزاع من الموضوعات العامة التي تتعلق بأمر من أمور المسلمين؛ كما أن التحكيم يحتاج فيه المحكم إلى إنفاذ الحكم على المتخاصمين الأمر الذي يحتاج فيه إلى قوة وسطوة من المحكم ذاته وهو مما لا يتوفر عند النساء في الغالب الأعم.

ومع هذا أيضاً يمكن القول: بالتفرقة بين أمرين في مدى اشتراط الذكورة في المحكم:

الأمر الأول: إذا كان موضوع التحكيم أمراً عاماً(١٢٨), فهنا يشترط في المحكم أن يكون رجلاً.

الامر الثاني: إذا كان موضوع التحكيم أمراً من الأمور الخاصة بالمحتكمين فهنا يجوز أن يكون المحكم امرأة, وهذا على اعتبار أن الأمر لا يتعدى إلى غير المحكتمين فيجوز لهما تولية امراة للفصل في النزاع.

والله أعلم ,,,

---

(١٢٨) ويتحقق ذلك إذا كان التحكيم في أمر من الأمور العامة للمسلمين كما حدث في عهد النبي ﷺ مع نبي قريظة.

الشرط السابع: ***سلامة الحواس:*** ويقصد بسلامة الحواس أن يكون المحكم ناطقاً, سميعاً, بصيراً حتى يتمكن من النطق بالحكم بين الناس, وأن يعلم الناس بالحكم, وأن يسمع كلام كلٍ من الخصمين وحجته.

وقد اتفق الفقهاء [١٢٩] على اشتراط هذا الشرط إلا أنهم اختلفوا في بعض الفروع التي تتعلق به [١٣٠].

---

(١٢٩) فعند الأحناف: أنظر اللباب شرح الكتاب: عبد الله الغنيمي الدمشقي, دار الكتاب العربي, ج ١, ص ٣٨٣, تبيين الحقائق : للزيلعي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٩٣, حاشية رد المحتار : لابن عابدين, مرجع سابق, ج ٥, ص٥٠٣.

وعند المالكية: أنظر: القوانين الفقهية: لابن جزي الكلبي, مرجع سابق, ص ١٩٥, حاشية الشرح الصغير: لأحمد الصاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٨٦, مواهب الجليل: للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ٨٢ .

وعند الشافعية: أنظر : حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب : للبجيرمي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٤٥, إعانة الطالبين حاشية على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين: لأبي بكر ابن السيد شطا, مرجع ساق, ج٤, ص ٢١٢, فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: لزكريا الأنصاري, مرجع سابق, ج ٢, ص ٣٦٢.

وعند الحنابلة: أنظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (المتوفى : ٩٦٠هـ), دار المعرفة بيروت – لبنان, ج ٤, ص ٣٦٩, المغني : لابن قدامة , مرجع سابق, ج ١١, ص ٣٨١, حاشية الروض المربع بشرح زاد المستقنع: للنجدي, مرجع سابق, ج ٧, ص ٥١٨.

(١٣٠) منها :

أ- *إن البصر ليس بشرط*:وقد نسب بعض الحنابلة هذا القول إلى بعض أصحاب الشافعي فجاء في المغني : لابن قدامة ما نصه:" *وقال بعض أصحاب الشافعي يجوز أن يكون أعمى لأن شعيباً عليه السلام كان أعمى ولهم في الأخرس الذي تفهم إشارته وجهان.*

ولنا أن هذه الحواس تؤثر في الشهادة فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع وهذا لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء، والشاهد يشهد في أشياء يسيرة يحتاج إليه فيها وربما أحاط بحقيقة علمها, والقاضي ولايته عامة فيحكم في قضايا الناس عامة فإذا لم تقبل منه الشهادة فالقضاء أولى" وهذا بناءً على أن المحكم كالقاضي أنظر المغني: لابن قدامة, مرجع سابق,

وقد استدل الفقهاء على اشتراط سلامة الحواس بالقياس والمعقول:

فأما القياس: فقياس المحكم على القاضي فكما يشترط في القاضي سلامة الحواس يشترط كذلك في المحكم سلامة الحواس بجامع أن كلاً منهما يفصل في الخصومة بين الناس.

وأما المعقول: فيشترط فيمن يفصل في الخصومة بين الناس أن يكون متكلما سميعا بصيرا لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته, والأصم لا يسمع قول الخصمين, والأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه والمقر من المقر له والشاهد من المشهود له.

الشرط الثامن : *العلم والمعرفة*: من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء اشتراط أن يكون المحكم عالماً بالتحكيم وبالمسألة محل التحكيم وأن يكون لديه خبرة في حل النزاع القائم بأن يكون من أهل العلم والمعرفة(١٣١).

ج ١١, ص ٣٨١ , والشرح الكبير: لعبد الرحمن ابن قدامة, مرجع سابق, ج ١١, ص ٢٧٨.

ب- *إذا كان لا يسمع إلا بالصياح* : فذهب الشافعية إلى أن هذا لا يضره لأن الصمم الشديد هو ما يضر لأنه لا يفرق بين الإقرار والإنكار أنظر : إعانة الطالبين : لأبي بكر بن السيد محمد شطا, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢١٢

ج- *إذا كان بصيراً بالنهار فقط أو بالليل فقط*: فذهب الشافعية في قول إلى أن هذا لا يمنع من توليته, وقال الأذرعي ينبغي منعه. أنظر حاشية البجيرمي: للبجيرمي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٤٥.

(١٣١) وهذا ما أكده الفقهاء في أقوالهم ومنها :"

عند الأحناف: " *وأما العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام فهل هو شرط جواز التقليد عندنا ليس بشرط الجواز بل شرط الندب والاستحباب, وعند أصحاب الحديث كونه عالما بالحلال والحرام وسائر الأحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد في ذلك شرط جواز التقليد كما قالوا في الإمام الأعظم وعندنا هذا ليس بشرط الجواز في الإمام الأعظم لأنه يمكنه أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء فكذا في القاضي*" أنظر بدائع الصنائع : للكاساني, مرجع سابق, ج ٧, ص ٣. ولأن التحكيم فرع من القضاء إلا أنهما يختلفان في أمور منها عدم جواز التحكيم في الحدود والقصاص, وعدم لزوم التحكيم ما لم يتصل بالحكم.

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في التكييف الفقهي لهذا الشرط, فهل هو شرط جواز وتقليد للتحكيم, أم أنه شرط ندب واستحباب؟ وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أنه شرط لجواز وتولية التحكيم.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في المشهور [١٣٢], والشافعية [١٣٣].

الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه شرط ندب واستحباب .

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف[١٣٤] , والمالكية في قول [١٣٥].

ويتعلق بهذا الشرط تساؤل مؤداه هل يصح تولية العامي الذي ليس من أهل الاجتهاد التحكيم أم لا يصح؟

اختلف الفقهاء في مدى صحة تولية العامي الذي ليس من أهل الاجتهاد التحكيم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه : عدم صحة تولية العامي الذي ليس من أهل الاجتهاد التحكيم.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في المشهور[١٣٦], والشافعية [١٣٧]

الرأي الثاني: يرى أصحابه صحة تولية العامي التحكيم إذا استرشد بأهل العلم والاجتهاد.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف[١٣٨] واللخمي من المالكية[١٣٩].

عند المالكية :" *إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهاد أو عاميا واسترشد العلماء ، فإن حكم ولم يسترشد رد، وإن وافق قول قائل ؛ لأن ذلك تخاطر منهما وغرر. وقال المازري : لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء*" أنظر تبصرة الحكام : لابن فرحون , ج ١, ص ١٤٣.

(١٣٢) تبصرة الحكام : لابن فرحون , ج ١, ص ١٤٣.

(١٣٣) الحاوي الكبير : للماوردي, مرجع سابق, ج ١٦, , ص ٣٢٥ .

(١٣٤) بدائع الصنائع : للكاساني, مرجع سابق, ج ٧, ص ٣.

(١٣٥) تبصرة الحكام : لابن فرحون , ج ١, ص ١٤٣.

(١٣٦) تبصرة الحكام : لابن فرحون , ج ١, ص ١٤٣.

(١٣٧) الحاوي الكبير : للماوردي, مرجع سابق, ج ١٦, , ص ٣٢٥ .

(١٣٨) بدائع الصنائع : للكاساني, مرجع سابق, ج ٧, ص ٣.

(١٣٩) تبصرة الحكام : لابن فرحون , ج ١, ص ١٤٣.

الأدلة:

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بعدم جواز تولية العامي التحكيم بالقياس والمعقول.

فأما القياس : فقياس المحكم على القاضي بجامع أن كلاً منهما يفصل في الخصومة, فكما لا يجوز تولية العامي القضاء كذلك لا يجوز توليته التحكيم .

وأما المعقول: فإن التحكيم يحتاج إلى نظر واجتهاد للوصول إلى الحق وإيصاله إلى أهله, وفي تولية العامي الذي ليس من أهل الاجتهاد ضياع للحق فلا يجوز توليته الحكم بين الناس.

وقد يقال بأن التحكيم ولاية خاصة حيث إن الخصوم هم الذين يختارون المحكم للحكم فيما بينهم فيجوز لهم تولية من يرونه مناسباً لذلك, ولا حكر عليهم في اختيار أحد للفصل في النزاع ولو كان من غير أهل الاجتهاد.

ويرد على هذا: بأن التحكيم في كثير من النزاعات لا يقتصر فقط على المتخاصمين بل قد يمتد إلى غيرهم– سواء أكان خلفاً عاماً أو خاصاً– , كما أن التحكيم فرع من القضاء – وإن كان أدنى درجة منه – فيجب أن يكون المحكم من أهل الاجتهاد والمعرفة كالقاضي.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل : بصحة تولية العامي التحكيم بشرط أن يسترشد أهل العلم والاجتهاد بالمعقول.

فقالوا: إن العامي إذا استرشد برأي العلماء في المسألة محل التحكيم فيكون قد أسند الرأي إليهم فكأن الحكم صادر منهم فيجوز توليته إذا استرشد برأيهم؛ أما إذا لم يسترشد بأهل العلم فلا يصح توليته لما فيه من الجهل والغرر وهذا لا يجوز, والجاهل بالأحكام لا ينبغي أن يقلد لأنه يفسد أكثر مما يصلح بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به.

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي القائل بعدم صحة تولية العامي الذي ليس من أهل الاجتهاد التحكيم, لما في ذلك من صيانة الحق لصاحبه, وما فيه من المحافظة على الحقوق وعدم إضاعتها لا سيما في الموضوعات التي تحتاج إلى نظر واجتهاد, ومعرفة بالأحكام وبالحلال والحرام؛ ولأنه إذا قضي وهو جاهل كان داخلاً في الطائفة التي حذر منها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث : قال صلى الله عليه وسلم :"**القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة رجل قضى بـ غير**

الحق فعلم ذلك فذاك في النار وقاض لا يعلم فأهلك حقوق الناس فهو في النار و ـقاض قضى بالحق فذلك في الجنة[١٤٠]" والله أعلم ,,,

المبحث الثاني
دور الاعتبار الشخصي في الأثار المترتبة على عملية التحكيم

تمهيد وتقسيم:

إن الاعتبار الشخصي في عملية التحكيم له عدد من الأثار والجوانب, تظهر هذه الأثار في عدد من المسائل الهامة التي تثير عددا من التساؤلات منها:

- ما مدى إعمال الاعتبار الشخصي في التحكيم ؟ فهل الاعتبار الشخصي يؤثر على عملية التحكيم, وذلك في نطاق التحكيم من حيث الموضوعات, ومن حيث الأشخاص, وما مدى هذا الأثر؟
- وكذلك في مدى حجية حكم التحكيم فهل حكم التحكيم حجة أم لا, وهل حجية التحكيم قاصرة على أشخاص معينين أم أن حجيته متعدية لكآفة الأشخاص؟

وللإجابة على هذه التساؤلات أهمية في مجال البحث لذا قد خصصت لها هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين:

أتناول في المطلب الأول: أثر إعمال مبدأ الاعتبار الشخصي في التحكيم, وأتناول في المطلب الثاني : أثر حكم التحكيم على الأشخاص.

---

(١٤٠)الجامع الصحيح سنن الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي,: دار إحياء التراث العربي – بيروت , ج ٣, ص ٦١٢رقم الحديث (١٣٢٢) (تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون), سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني, دار الكتاب العربي . بيروت– لبنان, ج٣, ص ٣٢٤, رقم الحديث (٣٥٧٥) وقال الألباني حديث صحيح, سنن ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني, دار الفكر – بيروت,ج ٢, ص ٧٧٦, رقم الحديث (٢٣١٥) (تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي).

المطلب الأول
أثر إعمال مبدأ الاعتبار الشخصي في التحكيم

يظهر إعمال مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم في أمرين هامين هما : نطاق التحكيم, وحجية حكم التحكيم.

وسوف نتناول هذين الأثرين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
نطاق التحكيم

يثير نطاق التحكيم تساؤلاً هاماً ألا وهو : هل نطاق التحكيم يمتد إلى كآفة الموضوعات وإلى كآفة الأشخاص ومن ثم لا أثر للاعتبار الشخصي في التحكيم فيمتد التحكيم إلى كآفة الموضوعات وإلى كآفة الأشخاص؛ أم أن الاعتبار الشخصي له أثر في الموضوعات التي يجوز التحكيم فيها بحيث يقتصر التحكيم على موضوعات معينة لا يمتد إلى غيرها, ويقتصر كذلك على أشخاص معينين أم أنه يكون حجة على الكآفة؟

وسوف أحاول إظهار أثر الاعتبار الشخصي على التحكيم من خلال بيان النطاق الموضوعي والشخصي للتحكيم.

يقصد بنطاق التحكيم : ما يشمله التحكيم من موضوعات, وأشخاص[١٤١], ومن ثم فإن نطاق التحكيم يقصد به أمران:

الأول : النطاق الموضوعي للتحكيم. **والثاني**: النطاق الشخصي للتحكيم.

ويقصد بالنطاق الموضوعي للتحكيم : الموضوعات التي يجوز فيها التحكيم[١٤٢].

---

(١٤١) النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم: د/ عبد المعبود محمد عبد المعبود, رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس, عام ١٤٤٠هـ – ٢٠١٩م .

(١٤٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د/ إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ص١٣١, وما بعدها ؛ أثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي: د/ كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري, رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس عام ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م , ص ٣٠٩, ف ٤٤٧؛ وما بعدها.التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في

ويقصد بالنطاق الشخصي للتحكيم : الأشخاص الذين يجوز أن يكونوا أطرافاً في عملية التحكيم, "محكمين ومحتكمين", ومن هم الأشخاص الذين يكون حكم التحكيم حجةً في مواجهتهم(١٤٣).

وكل من النطاق الموضوعي والنطاق الشخصي للتحكيم يرتبط بالأخر ارتباطاً وثيقاً ولبيان الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم وأثره نبحث كلاً من النطاق الشخصي والنطاق الموضوعي للتحكيم .

أ-**النطاق الموضوعي للتحكيم** : اختلف الفقهاء في النطاق الموضوعي للتحكيم- في الموضوعات التي يجوز التحكيم فيها- وسوف نتناول أراء الفقهاء وأقوالهم في تحديد الموضوعات التي يجوز التحكيم فيها حتى نتمكن من بيان النطاق الموضوعي للتحكيم في الفقه الإسلامي .

أولاً : المذهب الحنفي : *" جاء في كتاب الاختيار :"*ولا يجوز التحكيم فيما يسقط بالشبهة(١٤٤)" وجاء في البحر الرائق :" *ولم يصح حكمه في الحدود والقصاص لأن تحكيمهما بمنزلة صلحهما ولا يملكان دمهما ..... ولم أر حكم التحكيم في اللعان مع أنه قائم مقام الحد*(١٤٥) " وفيه أيضاً :" *وشمل قوله في غير* حد *الخ سائر المجتهدات من النكاح والطلاق واليمين المضافة* (١٤٦)"

ثانياً: المذهب المالكي: جاء في منح الجليل :"*أنه إنما يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه, وقال اللخمي وغيره إنما يصح في الأموال وما في*

الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية: د/ نجيب أحمد الجلبي, مرجع سابق, ص ١٦, وما بعدها.

(١٤٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية : د/ إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ص ١٩٨, وما بعدها؛ أثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي: د/ كمال عبد الحميد فزاري, مرجع سابق , ص ٣١٧, ف ٤٦١، وما بعدها؛ نسبية أثر اتفاق التحكيم في القانون الممصري والمقارن : د/ سحر محمد أحمد دره, رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس , عام ١٤٤٠هـ – ٢٠١٩م ص ٩٥.

(١٤٤) الاختيار لتعليل المختار: للدمشقي, ج١, ص ١٩.

(١٤٥) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٦.

(١٤٦) المرجع السابق ذات الصفحة.

معناه [١٤٧] وجاء في مواهب الجليل : "*وتحكيم غير خصم وجاهل، وكافر، وغير مميز في مال، وجرح. لا حد ولعان وقتل، وولاء، ونسب، وطلاق، وعتق*[١٤٨]"

ثالثاً :المذهب الشافعي: ما جاء في الحاوي الكبير : *والشرط الثالث : أن يكون التحاكم في أحكام مخصوصة, والأحكام تنقسم في التحكيم ثلاثة أقسام : قسم يجوز فيه التحكيم : وهو حقوق الأموال ، وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء . وقسم لا يجوز فيه التحكيم ، وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقيه*[١٤٩]"

رابعاً : المذهب الحنبلي: "*ما جاء في الشرح الكبير :" واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد أن تحكيمه يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان قياسًا على قاضي الإمام؛ وقال القاضي: يجوز حكمه في الأموال خاصة فأما النكاح واللعان والقذف والقصاص فلا يجوز التحكيم فيها لأن لهذه الاحكام مزية على غيرها فاختص حاكم الإمام بالنظر فيها كالحدود*[١٥٠]"

من خلال أقوال الفقهاء التي سبق ذكرها يتبين أن النطاق الموضوعي للتحكيم به موطن اتفاق بين الفقهاء وموطن اختلاف.

فأما موطن الاتفاق : فقد اتفق الفقهاء على أن الموضوعات التي تدخل في نطاق التحكيم هي : حقوق الأموال والمعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء[١٥١].

وأما موطن الاختلاف فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز التحكيم في الحدود, والقصاص, والنكاح والطلاق واليمين المضافة وغير ذلك من المجتهدات على ثلاثة أراء:

---

(١٤٧) منح الجليل على شرح مختصر خليل : لمحمد عليش , مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٨٤.

(١٤٨) مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ١٠١.

(١٤٩) الحاوي الكبير : للماوردي,مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٢٥, ٣٢٦.

(١٥٠) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٦, مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ١٠١؛ الحاوي الكبير : للماوردي,مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٢٥, ٣٢٦, الشرح الكبير : لابن قدامة, مرجع سابق, ج ١١, ص ٣٩٣.

(١٥١) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٦, مواهب الجليل : للحطاب ,مرجع سابق, ج ٨, ص ١٠١., الحاوي الكبير : للماوردي,مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٢٥, ٣٢٦, الشرح الكبير : لابن قدامة, مرجع سابق, ج ١١, ص ٣٩٣.

الرأي الأول : يرى أصحابه أن التحكيم لا يشمل النكاح, والطلاق, والنسب, والعتاق.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية [١٥٢], والشافعية [١٥٣], وقول القاضي من الحنابلة [١٥٤].

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن التحكيم يشمل كآفة المجتهدات من النكاح, والطلاق, واليمين المضافة " كآفة الموضوعات غير الحدود والقصاص مما يختص به القاضي المولى".

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف[١٥٥]

الرأي الثالث: يرى أصحابه أن التحكيم يشمل كآفة الموضوعات من الحدود والقصاص وغيرها.

وإلى هذا الرأي ذهب أبو الخطاب من الحنابلة [١٥٦].

سبب الاختلاف بين الفقهاء: يرجع سبب الاختلاف بين الفقهاء في النطاق الموضوعي للتحكيم إلى اختلاهم في عدد من الأمور منها:

الأول : مدى مساواة التحكيم للقضاء .

الثاني : مدى تعلق الموضوع محل التحكيم بحق من حقوق الله أو حق من حقوق العبد[١٥٧].

---

(١٥٢) منح الجليل على شرح مختصر خليل : لمحمد عليش , طبعة ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤ م, دار الفكر, بيروت – لبنان, ج ٨, ص ٢٨٤.

(١٥٣) الحاوي الكبير: للماوردي, مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٢٥, ٣٢٦.

(١٥٤) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٦؛ مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ١٠١؛ الحاوي الكبير: للماوردي,مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٢٥, ٣٢٦؛ الشرح الكبير: لابن قدامة, مرجع سابق, ج ١١, ص ٣٩٣.

(١٥٥) الاختيار لتعليل المختار: للدمشقي, ج١, ص ١٩, البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٦.

(١٥٦) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٦؛ مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ١٠١؛ الحاوي الكبير: للماوردي,مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٢٥؛ ٣٢٦؛ الشرح الكبير : لابن قدامة, مرجع سابق, ج ١١, ص ٣٩٣.

(١٥٧) وتنقسم الحقوق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع :

الثالث: مدى جواز الصلح والإبراء في الموضوع محل التحكيم.

الرابع: مدى جواز التحكيم في الموضوع الذي يمكن أن يدرأ بالشبهة.

فمن نظر من الفقهاء إلى أن التحكيم أدنى درجة من القضاء قال بأن التحكيم لا يجوز إلا في موضوعات معينة ونطاق محدد وهي الموضوعات التي تتعلق بحقوق العباد الخالصة (١٥٨).

ومن نظر من الفقهاء إلى أن التحكيم يتساوى مع القضاء قال : إن التحكيم يجوز في كل الموضوعات سواء تعلق بحق من حقوق الله تعالى أم حق من حقوق العباد.

ومن نظر من الفقهاء إلى أساس التحكيم وما يشمله من صلح وإبراء قصر التحكيم على الموضوعات التي تحتمل الصلح والإبراء فقط دون ما عداها.

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائل: بأن التحكيم لا يشمل النكاح والطلاق والنسب بالمعقول:

فقالوا: التحكيم لا يشمل النكاح, والطلاق, والنسب, والولاء وذلك لأن هذه الموضوعات من الموضوعات التي يكون فيها حق لله تبارك وتعالى, كما أنه لا يقتصر الحكم فيها على أطراف التحكيم بل إنها تمتد إلى غير الأطراف, والتحكيم حجة قاصرة على أشخاص التحكيم فقط.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن التحكيم يشمل كآفة المجتهدات بالمعقول:

أ- حق الله الخالص: ومثالها الحدود " حد الزنا – والسرقة– والبغي– وشرب الخمر"

ب- حق العبد الخاص: ومثالها " الحقوق والمعاوضات المالية كالبيع والشراء والرهن والارتهان"

ج- ما اجتمع فيه الحقان : مثاله القصاص, والقذف, والنكاح, والنسب, فهذه الحقوق قد اجتمع فيها حق الله, وحق العبد

(١٥٨) ولقد اختلف أصحاب هذا الجانب فيما يعد حقاً خالصاً للعبد ومن ثم يجوز فيه التحكيم, وما يجتمع فيه الحقان حق الله وحق العبد ولا يجوز فيه التحكيم, كما اختلفوا كذلك فيما يكون من الموضوعات قابل للصلح والإبراء أو غير ذلك, واختلفوا أيضاً فيما يدرأ بالشبهات من الموضوعات أو غير ذلك .

فقالوا: إن التحكيم عام يشمل كآفة المجتهدات إلا ما يحتاج فيه إلى إجبار لغير أطراف التحكيم, وما لا يسقط بالشبهة أما ما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص وغيرهما فلا يجوز التحكيم فيه.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل : بأن التحكيم يشمل كآفة الموضوعات بالقياس:

فقالوا: بقياس التحكيم على القضاء بجامع الولاية والفصل في المنازعة في كلٍ, فكما يختص القاضي بالفصل في هذه الدعاوى كذلك يجوز للمحكم أن يفصل فيها.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن هذا القياس قياس مع الفارق، فالقاضي حينما يحكم في الحدود والقصاص يحكم بما له ولاية عامة تفصل في كآفة القضايا وفي كآفة الحقوق ومنها حقوق الله تبارك وتعالى, أما المحكم فإنه مفوض من قبل المحتكمين فقط للفصل في النزاع الخاص بهم فولايته قاصرة على المحتكمين فقط فافترقا, كما أن القاضي له ولاية إجبار على الخصوم وغيرهم أما المحكم فلا يملك الإجبار .

الرأي المختار: إن الرأي المختار هو الرأي القائل بأن النطاق الموضوعي للتحكيم يشمل المعاوضات التي تقبل الصلح والإبراء, أما غير ذلك من الموضوعات فإنها تندرأ بالشبهات أو يكون فيها حق لله تعالى, فيختص القضاء بنظرها والفصل فيها؛ لما للقضاء من ولاية عامة وإجبار للخصوم, وهذه الولاية لا تتوفر للتحكيم, أو المحكم لأن الأشخاص – الخصوم هم الذين اختاروا المحكم للفصل في المنازعة ولا يمتد اتفاقهم إلى غيرهم.

والله أعلم ,,,

ويوجد رأي لبعض الباحثين [١٥٩] في الفقه الإسلامي في تحديد النطاق الموضوعي للتحكيم: حيث يذهب أصحابه إلى التفرقة بين ما إذا كان المحكم من الأفراد العاديين أم كان ممن لهم الولاية العامة , ففرق بين أمرين:

---

(١٥٩) التحكيم في الشريعة الإسلامية : د/ إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ١٤٢؛ أثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي: د/كمال عبد الحميد فزاري, مرجع سابق, ص ٣١٥.

الأمر الأول: إذا كان موضوع التحكيم معروض على الأفراد العاديين – ممن ليس لهم الولاية العامة– فهنا يكون نطاق التحكيم مقتصراً على المعاوضات المالية فقط دون غيرها مما يقبل الصلح والإبراء.

الأمر الثاني: إذا كان موضوع التحكيم معروض على من لهم ولاية عامة كالقضاة والمفوضين من قبل الحاكم فهنا يكون نطاق التحكيم واسعاً ليشمل المعاوضات وغيرها لأن التفويض بالتحكيم يكون راجعاً للإمام أو نائبه(١٦٠).

ب- <u>النطاق الشخصي للتحكيم:</u> يقصد بالنطاق الشخصي للتحكيم – كما سبق ذكره– شمول التحكيم وامتداده لأشخاص معينين سواء أكان هؤلاء الأشخاص هم المحتكمون – أطراف النزاع– أم المحكمون.

ويتعلق بشأن النطاق الشخصي للتحكيم مسألتان:

الأولى : من يجوز أن يكون محتكماً في عملية التحكيم.

الثانية : من يجوز أن يكون محكماً في عملية التحكيم.

فأما بالنسبة للمسألة الأولى : <u>من يجوز أن يكون محتكماً في عملية التحكيم:</u> وتتعلق هذه المسألة بمن تتوفر في حقه أهلية التحكيم.

ولقد تناول الفقهاء الأهلية اللازم توفرها في المحتكم وهي أهلية التصرف أن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً, وأن يكون لديه القدرة على إبرام الصلح والإبراء, وتولية غيره للفصل في المنازعة, أما إذا كان الشخص غير عاقل أو كان صبياً مميزاً, أو ليس لديه القدرة على إبرام الصلح والإبراء فلا يجوز أن يكون محكتماً (١٦١)

وأما بالنسبة للمسألة الثانية: <u>من يجوز أن يكون محكماً</u>: تتعلق هذه المسالة بمن تتوفر في حقه أهلية التحكيم, وشروط التحكيم.

ولقد تناول الفقهاء أهلية والشروط التي تتعلق بالمحكم في أبواب التحكيم والقضاء, ولقد سبق أن قمت ببحث هذه الشروط (١٦٢) ويمكن تقسيمها إلى نوعين من الشروط:

النوع الأول: شروط صحة التحكيم. **النوع الثاني:** شروط كمال في التحكيم.

---

(١٦٠) راجع ما سبق ص من هذا البحث.

(١٦١) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(١٦٢) راجع ما سبق ص من هذا البحث.

فأما بالنسبة للنوع الأول: شروط صحة التحكيم فالقاعدة في الشروط التي تتعلق بالمحكم هي "**توفر أهلية الشهادة, والقضاء معاً**" حتى تكون عملية التحكيم صحيحة ومنتجة لأثارها, فيجب أن تتوفر في المحكم الشروط الأتية:

١) **الشرط الأول:** التكليف: فيجب أن يكون المحكم مكلفاً, والتكليف يقتضي أن يكون المحكم عاقلاً – بالغاً- .

٢) **الشرط الثاني:** الإسلام : فإذا كان الخصوم مسلمين – أو كان أحدهما مسلماً- يجب أن يكون المحكم مسلماً, لما في التحكيم من معنى القضاء والولاية؛ والولاية على المسلم قاصرة للمسلم فقط فلا ولاية لغير المسلم على المسلم قال تعالى **(وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً)** (١٦٣)

٣) **الشرط الثالث:** التعيين: فيجب أن يكون المحكم معيناً معلوماً للمحتكمين فلا يصح التحكيم إذا كان المحكم مجهولاً للمحتكمين(١٦٤), والتعيين قد يكون بالشخص أو توفر صفة من معينة من الصفات, والجهالة التي تؤثر في صحة التحكيم هي الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى التنازع بين المحتكمين.

٤) **الشرط الرابع** :العدالة: فيجب أن تتوفر في المحكم صفة العدالة لما في التحكيم من وجود معنى القضاء الذي يبتغى منه إيصال الحق لأصحابه, كما أن **الفاسق**(١٦٥) ليس أهلاً للشهادة ومن كان غير أهلٍ للشهادة فلا يكون أهلاً للتحكيم, كما أن العدالة هي المعينة على الصدق, وهي علة الحجية ومن تعاطى غير الكذب من محظورات دينه قد يتعاطاه.

وأما بالنسبة للنوع الثاني: شروط كمال التحكيم: فيشترط في المحكم عدد من الشروط هي (١٦٦):

١- **الشرط الأول:** الإسلام : أن يكون المحكم مسلماً إذا كان التحكيم بين غير المسلمين, فإذا كان التحكيم بين المسلمين فالإسلام شرط صحة للتحكيم- كما سبق ذكره- .

---

(١٦٣) سورة النساء جزء من الأية رقم (١٤٢) .

(١٦٤) ولا يقصد بالعلم والتعيين : أن يكون المحتكمون عالمين بالمحكم قبل عملية التحكيم, ولكن المقصود به أن يكون المحكم محدداً من قبل المحتكمين.

(١٦٥) المحدود في حد القذف.

(١٦٦) راجع ما سبق ص من هذا البحث.

٢- **الشرط الثاني:** الذكورة: فالذكورة شرط ندب وكمال للمحكم فالأولى والأفضل أن يكون المحكم رجلاً سواء أكان التحكيم في الأموال أو في غيرها, لما في ذلك من صيانة المرأة من أن تقتحم محافل الرجال خاصة القضاء الذي يتنازع فيه كل خصم خصمه محاولاً التأثير على المحكم لإثبات حجته .

٥) **الشرط الثالث:** العدالة: فالعدالة التي هي شرط ندب واستحباب في التحكيم هي :*اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر*[١٦٧]" فيندب أن يكون المحكم عدلاً حتى يوصل الحقوق إلى أصحابها أما إذا لم تتوفر فيه صفة العدالة فيؤثر هذا على التحكيم لما في ذلك من التدليس والغش سواء من المحتكم الذي اختار هذا الشخص للفصل في النزاع, أو من المحكم ذاته لفوات صفة العدالة فيه, التي أمر الله بها عند الحكم بين الناس, قال تعالى **(وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ)**[١٦٨] والفاسق – غير العدل- أنى يتأتى منه العدل فيشترط في المحكم أن يكون عدلاً.

٣- **الشرط الرابع :** سلامة الحواس: فيشترط في المحكم أن يكون سميعاً بصيراً ناطقاً حتى يستطيع سماع كلام الخصوم ويفهمه ويناقشهم فيما يدعون وينطق بالحكم .

٤- **الشرط الخامس:** العلم والمعرفة: يشترط في المحكم أن يكون من أهل العلم والمعرفة ويكون مجتهداً حتى يتمكن من الوصول إلى الحكم وإيصال الحق إلى مستحقيه, أما إذا كان جاهلاً فإن هذا يؤثر على التحكيم إذا لم يقم المحكم بمشاورة غيره من أهل الخبرة والمعرفة للوصول إلى الحكم بأن اعتمد على رأيه وهو جاهل, أما إذا كان من غير العلم والمعرفة وشاور غيره من أهل العلم والمعرفة فإن الحكم ينسب إليهم فكأنه صدر منهم ويكون صحيحاً.

وبناءً على هذا يتحدد النطاق الشخصي للتحكيم بجانبين :

أ-**الجانب الأول:** يتحدد بالنسبة للمحتكمين : باعتبار المحتكم أهلاً للتحكيم بكونه عاقلاً بالغاً رشيداً, يملك الصلح والإبراء, أما غير ذلك فلا يجوز أن يكون طرفاً في التحكيم.

---

(١٦٧) الموسوعة الفقهية الكويتية, مرجع سابق, ج ٢٩, ص ٢٩٨؛ وعرفت كذلك بأنها : "استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله"

(١٦٨) سورة النساء جزء من الأية رقم (٥٨) .

ب-**الجانب الثاني** : يتحدد بالنسبة للمحكمين: باعتبار المحكم أهلاً للتحكيم بتوفر شروط الصحة, فمن لم تتوفر في حقه شروط الصحة يخرج عن نطاق التحكيم فلا يصح أن يكون محكماً؛ أما شروط الكمال والاستحباب فإذا تخلف شرط منها لا يؤثر على صحة التحكيم بل يؤثر على كمال التحكيم فقط.

الفرع الثاني
حجية حكم التحكيم

إن بحث الاعتبار الشخصي للتحكيم ومدى ارتباطه بحجية حكم التحكيم يقتضي التعرض لنقطتين هامتين:

أ- **الأولى** : المقصود بالحجية.

ب- **الثانية** : نطاق حجية حكم التحكيم.

فأما بالنسبة للنقطة الأولى *المقصود بحجية الحكم:* إن المقصود بحجية الحكم – بصفة عامة– : أن يكون الحكم ذا احترام وإلزام فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً ويحمل الحكم على الصحة(١٦٩).

---

(١٦٩) أنظر في معنى حجية الحكم :

التحكيم في الشريعة الإسلامية : د/إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ص ١٨٢، وما بعدها؛ أثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والفقه الإسلامي: د/ كمال عبد الحميد فزاري, مرجع سابق, ص ٢٩٠وما بعدها؛ التحكيم في القوانين العربية: د/ نجيب أحمد عبد الله الجبلي, مرجع سابق, ص ٤٢٣, وما بعدها؛ التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر :د/ محمد الزحيلي, بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية المجلد (٢٧) العدد الثالث عام ٢٠١١م ص ٣٨٤؛ التحكيم العادي(التحكيم الاختياري أو الفردي) في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي: د/ سيد أحمد محمود, الطبعة الأولى ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م , ص ص ٤٥– ٤٦؛ الحجية المتعدية للأحكام القضائية: د/ هبد بدر صادق, " دراسة لحدود النطاق الشخصي والموضوعي لحجية الأمر المقضي في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء", ص ٢٠, وما بعدها.

فبالنسبة لأحكام القضائية فإن الأحكام القضائية الباتة والنهائية لا يجوز لأطراف النزاع طرحها على القضاء مرة أخرى بذات الأسباب وبذات المحل, لما لهذه الأحكام من حصانة من الطعن فيها, وذلك لأنها ذات احترام لدى الكآفة فلا يجوز نقضها وإهدارها إذا كانت موافقة للكتاب والسنة, أما إذا كانت مخالفة للكتاب أو السنة فإنها لا تحوز حجية ويجوز – بل يجب– نقضها وعدم الاعتداد بها(١٧٠).

وبالنسبة لحكم التحكيم: –باعتباره حكماً قضائياً – فقد أكد الفقهاء على احترام حكم التحكيم من الأطراف الذين لجأوا إلى التحكيم, وإلزام الحكم لهم وتنفيذه, كما يجب على القضاة كذلك احترام حكم التحكيم باعتباره حكماً قضائياً فلا يجوز تتبعه أو نقضه إذا كان موافقاً للكتاب والسنة مثله في ذلك مثل الأحكام القضائية الصادرة عن القضاة, فلا يجوز عرض الموضوع محل التحكيم على القضاء أو تحكيم آخر (١٧١) .

فمعنى حجية الحكم *: هو لزوم الحكم وعدم جواز نقضه سواء صدر من القاضي أو المحكم*" فالحكم الصادر سواء من القاضي أو من المحكم يكون دليلاً وبرهاناً على صحة ما تضمنه الحكم فلا يجوز تتبع هذا الحكم إلا إذا كان مخالفاً للكتاب أو السنة أو الإجماع القاطع " وهذا ما يسمى بحجية الحكم(١٧٢)"

وهذا المعنى للحجية ذكره الفقهاء عند تعريفهم للحكم:

فعرف ابن عرفة القضاء(١٧٣) بأنه :" *صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين*", وحكم القاضي *:"هو الجزم بالحكم الشرعي على وجه الأمر به والجبر* (١٧٤)", فمعنى الحجية هي "

---

(١٧٠) شرح حدود ابن عرفة الشافية : لأبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع, مرجع سابق, كتاب القضاء. ج٢, ص ٥٦٧.

(١٧١) وهذه هي القاعدة والأصل إلا أنه يجوز استثناءً لذات الخصوم الاتفاق على طرح الموضوع مرة أخرى على القضاء أو التحكيم .

(١٧٢) حماية القاضي وضمانات نزاهته دراسة مقارنة: المستشار الدكتور/ عادل محمد جبر أحمد شريف, ٢٠٠٨م, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية– مصر, ص ١٦٩, وما بعدها.

(١٧٣) المرجع السابق, ج٢, ص ٥٦٧.

(١٧٤) شرح حدود ابن عرفة الشافية : لأبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع, ج٢, ص ٥٦٨" كتاب القضاء".

نفوذ الحكم الشرعي لمن ثبتت له هذه الصفة[١٧٥]" , كما عُرف الحكم بأنه :" الإلزام بالحكم الشرعي[١٧٦]"وعرف الحكم أيضاً بأنه:" *إظهار الحكم الشرعي في الواقعة ممن يجب عليه إمضاؤه*[١٧٧] "

ولقد أكدت أقوال الفقهاء معنى حجية حكم التحكيم في عدد من المواضع منها:

ما جاء في كتب المذهب الحنفي : فجاء في البحر الرائق "*فإن حكم لزمهما" لصدوره عن ولاية شرعية فلا يبطل حكمه بعزلهما*[١٧٨]" وجاء أيضاً: " *وحكم الحكم لازم للخصمين كما يلزم حكم القاضي*" : وما جاء في الهداية " *وينفذ حكمه عليهما، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما*"[١٧٩]

وما جاء في كتب المذهب المالكي: فجاء في الشرح الكبير :"*(ومضى) حكمه في أحد هذه السبعة "إن حكم صوابا" فلا ينقض لأن حكم المحكم يرفع الخلاف كحكم الحاكم*[١٨٠]" وجاء في منح الجليل "*ومضى حكم المحكم في حد أو قتل أو لعان أو ولاء أو نسب أو طلاق أو عتق فلا ينقضه الإمام ولا القاضي إن حكم المحكم في شيء منها حكما*[١٨١] "

---

(١٧٥) المرجع السابق, ج٢, ص ٥٦٨, ويقصد بهذه الصفة – القضاء–.

(١٧٦) شرح ميارة الفاسي: لأبي عبد الله محمد بن ميارة, مرجع سابق, ج١ , ص ١٤, وقد عرف حكم القاضي بأنه :"*ما يلزم به القاضي المتخاصمين أو أحدهما موافقاً للشرع*"

(١٧٧) حاشية الرملي: لشهاب الدين الرملي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٧٧.

(١٧٨) البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٧, ٢٨, الاختيار لتعليل المختار : للغنيمي, كتاب أدب القاضي, حاشية رد المحتار على الدر المختار : لابن عابدين, مرجع سابق, ج ٥, ص ٤٢٩.

(١٧٩) الهداية وهو أصل كتاب البناية شرح الهداية :لأبي محمد محمود بن أحمد العيني, الطبعة الثانية١٤١١هـ – ١٩٩١م , دار الفكر, – بيروت – لبنان, ج ٨, ص ٦٨, العناية شرح بداية المبتدي: للبابرتي مرجع سابق, كتاب التحكيم.

(١٨٠) الشرح الكبير : للشيخ الدردير, مرجع سابق, ج٤, ص ١٣٦.

(١٨١) منح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد عليش, مرجع سابق,ج ٨ ص ٢٨٥ باب في شروط وأحكام القضاء .

وما جاء في كتب الفقه الشافعي: فجاء في مغني المحتاج :"*ويمضي حكم المحكم كالقاضي ولا ينقض حكمه إلا بما ينقض به قضاء غيره* [١٨٢]"" وما جاء في الحاوي الكبير "*فيما يصير الحكم به لازما لهما, وفيه للشافعي قولان نص عليهما في اختلاف العراقيين : أحدهما : أنه لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامه بعد الحكم كالفتيا... وهو قول المزني, والقول الثاني : وهو قول الكوفيين وأكثر أصحابنا أنه يكون حكم المحكم لازما لهما ولا يقف بعد الحكم على خيارهما* [١٨٣]" ففي كلا الحالين يكون **حكم المحكم لازماً** : إلا أن القولين مختلفان في الأساس الذي يكون فيه الحكم لازماً.

وما جاء في كتب الفقه الحنبلي: فجاء في كشاف القناع :" *ويلزمه تنفيذه- حكم المحكم- لأنه حاكم نافذ الأحكام فلزمه قبوله كحاكم الإمام, ولا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض فيه حكم من له ولاية من إمام أو نائبه كما يأتي بيانه, ولكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم لأنه لا يلزم حكمه إلا برضا الخصمين* [١٨٤]" وجاء الكافي "*فإذا حكم بينهما لزم حكمه لأن من جاز حكمه لزم كقاضي الإمام* [١٨٥] "

فهذه الأقوال : تدل على أن الفقهاء قد اعتدوا بحكم التحكيم واعتبروه لازماً إذا صدر من المحكم, وهذا هو معنى حجية الحكم الصادر من المحكم.؛ وإن كانت حجية الحكم الصادر من المحكم تختلف عن الحجية الصادرة من القضاء في بعض الأوجه[١٨٦]

---

(١٨٢) مغني المحتاج : للخطيب الشربيني, مرجع سابق, ج٤, ص ٣٧٩.

(١٨٣) الحاوي الكبير : للماوردي, مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٢٦.

(١٨٤) كشاف القناع : للبهوتي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٣٠٩.

(١٨٥) الكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٢١.

(١٨٦) وهذا ما سوف نعرض له في – مطلب مستقل- المطلب التالي " أثر حكم التحكيم على الأشخاص"

المطلب الثاني
أثر حكم التحكيم على الأشخاص

إن حكم التحكيم له عدد من الأثار, من هذه الأثار التي تترتب على التحكيم والحكم الصادر من المحكم أن الحكم الصادر من المحكم – أو هيئة التحكيم – يقطع النزاع فيما بين المتخاصمين, فلا يجوز عرض الأمر بذات الأسباب وذات الأطراف على القضاء أو التحكيم مرة أخرى – إلا إذا رضي الخصوم جميعاً بذلك (١٨٧)– إلا أن أهم الأثار التي تترتب على التحكيم – والتي تفرقه عن الأحكام القضائية كون حكم التحكيم له *أثر نسبي بالنسبة للأشخاص*.

ومعنى نسبية حكم التحكيم :" كون الحكم الصادر من المحكم – أو هيئة التحكيم– قاصراً على الأطراف الذين لجأوا للتحكيم فقط دون أن يتعدى إلى غيرهم (١٨٨).

أما الأحكام القضائية فحجيتها متعدية أي أنها حجة على الكآفة سواء أكانوا أطرافاً في الخصومة أو لم يكونوا كذلك(١٨٩).

---

(١٨٧) وهذا ما يسمى بحجية حكم التحكيم , راجع ما سبق ص من هذا البحث – الفرع السابق.

(١٨٨) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د/ إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ص ٢١٠, وما بعدها؛ أثار حكم التحكيم : د/ كمال عبد الحميد فزاري, مرجع سابق, ص ص ٣١٩, ٣٢٠, ف ٤٦٤, ٤٦٥.

(١٨٩) ويقصد بالاحكام التي يكون لها حجية متعدية في الفقه الإسلامي هي التي تكون حجة على كآفة الأشخاص مثالها " الحدود, القصاص, والديات, والنكاح, ودعاوى النسب حيث إن الأحكام في هذه الدعاوى تكون حجة على كآفة الأشخاص سواء أكان طرفاً في الخصومة أو لم يكن كذلك أنظر في هذا د/ إسماعيل الأسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية, مرجع سابق, ص ١٩٨, وما بعدها, حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقوانين الوضعية: د/ محمد نعيم ياسين, الطبعة الأولى ١٤٣٦هـ – ٢٠١٥م, دار النفائس للنشر والتوزيع, عمان – الأردن, ص ١٤, وما بعدها,التحكيم في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية: د/ نجيب أحمد الجبلي, مرجع سابق, ٤٢٣, وما بعدها,.

أما في المجال القانوني: فالأحكام ذات الحجية المتعدية هي الأحكام الجنائية, والأحكام الدستورية, والأحكام المنشئة لحالة الشخص, وذلك لأن هذه الأحكام تتصف بالعمومية والتجريد وهي تقترب من القواعد القانونية فهي تنطبق على الجميع على السواء أنظر في

ولقد اتفق الفقهاء على أن حكم التحكيم إذا توفرت شروطه فإنه يكون حجة على الأشخاص الذين لجأوا إلى التحكيم, فالأصل إن حكم التحكيم لا يتعدى إلا إلى الأشخاص الذين لجأوا للتحكيم (١٩٠).

ولقد جاءت أقوال الفقهاء مؤكدة على هذا المعنى فلا يتعدى حكم التحكيم إلى غير الأشخاص الذين لجأووا إليه دون رضاهم بالتحكيم (١٩١) من هذه الأقوال :

ذلك د/ هبة بدر أحمد صادق : الحجية المتعدية للأحكام القضائية, مرجع سابق, ص ٤٩, وما بعدها.

(١٩٠) الفتاوى الهندية : للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٩٧؛ مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ٦٤؛ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للبجيرمي, مرجع سابق, ج٢, ص ١٢٢؛ المبدع شرح المقنع : إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى : ٨٨٤هـ), الطبعة : ١٤٢٣هـ /٢٠٠٣م, دار عالم الكتب، الرياض – السعودية, ج١٠, ص ٢١.

(١٩١) ولقد ذهب جانب من الباحثين – د/ إسماعيل الأسطل وتبعه في ذلك عدد من الباحثين د/ كمال عبد الحميد فزاري– إلى التفرقة بين ما إذا كان المحكم له ولاية عامة أو كان من أفراد الناس:

فإذا كان المحكم له ولاية عامة كان الحكم الصادر منه نافذاً على كآفة الأشخاص, أما إذا كان المحكم من أفراد الناس فإن الحكم الصادر منه يكون قاصراً على الأشخاص الذين لجأووا إلى التحكيم.

ولنا تعقيب على هذا: إنه بالنظر والتدقيق نجد أن المحكم في الصورتين ليس له ولاية عامة وإنما الولاية تكون للأشخاص الذين لجأووا إلى التحكيم وهذا أخذاً بمبدأ الاعتبار الشخصي للمحكتمين.

وبيان هذا: أنه إذا كان الأشخاص الذين لجأووا إلى التحكيم هو السلطان – النائب عن الدولة– فلجوؤه إلى التحكيم بهذا الوصف يجعل الحكم الصادر من المحكم حجة على كآفة الأشخاص باعتبار أن الحكم قد صدر في مواجهة السلطان وهو نائب عن الأشخاص.

أما إذا كان لجوؤه إلى التحكيم بصفته أحد أفراد الناس فإن الحكم الصادر من المحكم يكون قاصراً على المحتكمين فقط دون غيرهم .

والدليل على هذا: في الصورة الأولى– أن الحكم يكون حجة على الكآفة– نجد سنده في التحكيم بين المسلمين وبني قريظة, فالمحتكمون هم النبي ﷺ وهو رئيس الدولة الإسلامية من جانب,

أ- ما جاء في كتب الفقه الحنفي :

منها ما جاء في الفتاوى الهندية :" *ولا يجوز حكمه في دم الخطأ لأن العاقلة لم ترض به وحكم المحكم إنما ينفذ على من رضي بحكمه*[١٩٢]"

ب- ما جاء في كتب المالكية:

منها ما جاء في الشرح الكبير :" فإن المحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها وما في معناها *مما لا يتعلق بغير الحكمين* ولا يحكم في القصاص واللعان والطلاق والعتاق *لتعلق الحق في ذلك بغيرهما*[١٩٣].

ج- وجاء في المذهب الشافعي :

في مسألة التحكيم في اللعان إذا وجد ولد بين الزوجين:" أما إذا كان ولد *فلا يصح التحكيم إلا أن يكون مكلفاً ويرضى بحكمه* لأن له حقا في النسب فلا يؤثر رضاهما في حقه [١٩٤]" وجاء أيضاً :" وبشرط *رضا الخصمين بحكمه قبل الحكم لا بعده لأن رضاهما هو المثبت للولاية فلا بد من تقدمه فلو*

ويهود بنو قريظة من جانب آخر, والمحكم هو سعد بن معاذ ﷺ, والحكم الذي صدر من المحكم – وهو سعد ﷺ – كان حجة على الكآفة ليس باعتبار أن سعداً – المحكم– له ولاية عامة بل إن المحكتمين هم من لهم الولاية .

أما الدليل على الصورة الثانية– أن الحكم له حجة قاصرة: ما حدث بين عمر بن الخطاب ﷺ – وكان أميراً للمؤمنين– وأبي بن كعب حيث كان بينهما خصومة, فحكما زيداً بن ثابت فألزم زيدٌ عمرَ ﷺ يميناً في الخصومة, فحكم المحكم – وهو زيد– لم يكن حجة على كآفة الأشخاص بل حجة على المحتكمين دون غيرهم, لأن عمر ﷺ لم يلجأ للتحكيم باعتباره أميراً للمؤمنين بل إنه من أفراد الناس.

(١٩٢) الفتاوى الهندية : للشيخ نظام, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٩٧.

(١٩٣) مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ٦٤؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: لأحمد الصاوي مرجع سابق, ج٤, ص ١٩٩.

(١٩٤) أسنى المطالب في شرح روض الطالب : لزكريا الأنصاري, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٨٤؛ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للبجيرمي, مرجع سابق, ج٢, ص ١٢٢.

حكماه في الدية على العاقلة لم يلزم العاقلة حتى يرضوا بحكمه لأنهم لا يؤاخذون بإقرار الجاني فكيف يؤاخذون برضاه ولا يكفي رضا القاتل [١٩٥]"

د- وجاء في المذهب الحنبلي:

"وإن تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما فحكم نفذ حكمه في المال وينفذ في القصاص والحد والنكاح واللعان في ظاهر كلامه ذكره أبو الخطاب, وقال القاضي لا ينفذ إلا في الأموال خاصة[١٩٦].

وجه الدلالة من هذه الأقوال : إن حكم التحكيم التحكيم لا يكون حجة إلا على الأشخاص الذين رضوا به, وهذا هو معنى نسبية حكم التحكيم بالنسبة للأشخاص, وهذه الحجة القاصرة لحكم التحكيم قوامها وأساسها الاعتبار الشخصي لحكم التحكيم, فحكم المحكم يقوم أساساً على مبدأ الاعتبار الشخصي للأشخاص الذين لجأوا للتحكيم ورضوا بالحكم؛ وهذا الاعتبار الشخصي مرتبط كذلك بالموضوعات التي يجوز فيها التحكيم.

---

(١٩٥) أسنى المطالب في شرح روض الطالب : لزكريا الأنصاري, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٨٨؛ وجاء في الحاوي الكبير للماوردي تفصيل في المسألة : فإن تعدى الحكم إلى غير المتنازعين حكم من دون القاضي فضربان : أحدهما : ما كان منفصلا عن الحكم، ولا يتصل به إلا عن سبب موجب كتحاكمهما إليه في دين فأقام به مدعيه بينة شهدت بوجوب الدين، وأن فلانا ضامنه لزم حكمه في الدين ولم يلزم حكمه في الضمان لوجود الرضا ممن وجب عليه الدين وعلم الرضا ممن وجب عليه الضمان .

والضرب الثاني : أن يكون متصلا بالحكم ، ولا ينفصل عنه إلا بسبب موجب كتحاكمهما إليه في قتل خطأ قامت به البينة ، ففي وجوب الدية على العاقلة التي لم ترض بحكمه وجهان بحكم من دون القاضي : أحدهما : تجب عليه الدية لوجوبها على الراضي بحكمه إذا قيل إن الدية على الجاني ثم تتحملها عنه العاقلة .

والوجه الثاني : لا تجب على العاقلة الدية ؛ لأنهم لم يرضوا بحكمه إذا قيل إن الدية تجب ابتداءً على العاقلة ." أنظر الحاوي الكبير : للماوردي , مرجع سابق, ج ١٦, ص ٣٨٧.

(١٩٦) المبدع شرح المقنع : لابن مفلح، مرجع سابق, ج١٠, ص ٢١, وذلك على اعتبار أن الحكم في الأموال قائم على رضى الخصمين" أما ما ذكر أبو الخطاب عن الإمام أحمد فهو مبني على أن حكم المحكم يكون كحكم القاضي أي أنه ينفذ على الكآفة. أنظر الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٧٦.

وعلى الرغم من هذه الأقوال إلا أنه يوجد بعض الاستثناءات التي ترد على نسبية حكم التحكيم بحيث يمتد حكم المحكم إلى غير المحكتمين منها(١٩٧):

الاستثناء الأول: "*يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم في مواجهة الورثة*" :فإذا حكم المورث رجلاً وقضى عليه قبل وفاته – ولم يكن الحكم قد نفذ– فإنه ينفذ في مواجهة الورثة بعد وفاة المورث في تركته بشرط أن يكون المورث قد أبرم عقد التحكيم في حال صحته وكمال رشده, أما إذا صدر الحكم بعد وفاة المورث فلا ينفذ في مواجهة الورثة إلا برضاهم لأن التحكيم ينتهي بوفاة أحد المحكتمين, فيكون التحكيم قد صدر من غير صاحب ولاية (١٩٨).

الاستثناء الثاني: "*يتعلق بحجية حكم التحكيم في مواجهة الشريك*": فإذا حكم أحد الشريكين وغريماً له رجلاً فحكم بينهما وألزم الشريكَ شيئاً في مال الشركة كان حكمه حجة على شريكه الغائب وينفذ في مواجهته, لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح والشريك يملك الصلح في مال الشركة, فكان كل واحد من الشركاء راضياً بالصلح وما في معناه.

الاستثناء الثالث: "*يتعلق بحجية حكم التحكيم في مواجهة العاقلة*":– حيث ذهب بعض فقهاء الشافعية(١٩٩) – إلى أن حكم التحكيم الذي صدر في مواجهة القاتل يكون حجة كذلك في مواجهة العاقلة, وإن لم ترض بالحكم, ولم تكن طرفاً في

---

(١٩٧) أنظر في هذه الاستثناءات التحكيم في الشريعة الإسلامية/ إسماعيل الأسطل, ص ص ٢١٣, ٢١٤.

(١٩٨) ولنا تعقيب على اعتبار أن هذا يعد استثناء على نسبية حجية حكم التحكيم على الأشخاص.

حيث إن هذه الصورة تتعلق بتنفيذ حكم التحكيم – لا باعتبارها استثناءً على مبدأ نسبية حجية حكم التحكيم على الأشخاص – فحكم التحكيم قد صدر في مواجهة المورث إلا أنه لم يتم تنفيذه حتى مات, فالحكم له حجة على المورث وذلك إذا توفرت شروطه ولكنه ينفذ في التركة, ومن ثم ينفذ في مواجهة الورثة. فاعتباره استثناءً على نسبية الحجية لحكم التحكيم فيه نظر.

(١٩٩) أدب القاضي: للماوردي, مرجع سابق, ٢, فقرة ٣٦٢٠.

خصومة التحكيم, وأساس هذا القول ان الدية تجب على القاتل ثم تلتزم به العاقلة, فهنا حكم التحكيم حجة على كل من القاتل والعاقلة(٢٠٠).

المبحث الثالث
أثر فوات مبدأ الاعتبار الشخصي على حكم التحكيم

إن عملية التحكيم حتى تكون صحيحة ومنتجة لأثارها لابد فيها من توفر عدد من الأركان, والعناصر منها " وجود الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم الذي يقوم على الأهلية اللازم توفرها في أطراف التحكيم – المحتكمين, والمحكمين– ".

ويثار في هذا المقام تساؤل هام ألا وهو: ما أثر تخلف الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم على عملية التحكيم؟

فهل فوات هذا المبدأ يؤثر على حكم التحكيم أم لا يؤثر, ويتعلق بهذا التساؤل مسألة ألا وهي ما أثر خروج المحكم عن أهلية التحكيم بعد توليه الفصل في المنازعة وأثناء نظر الدعوى؟

وللإجابة على هاتين المسألتين أهمية في مجال البحث لذا قد خصصت لهما هذا المبحث وقسمته إلى مطلبين :

أتناول في المطلب الأول: أثر تخلف الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم, وأتناول في المطلب الثاني خروج أهلية المحكم عن أهلية التحكيم.

المطلب الأول
أثر عدم توفر الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم

يقوم الاعتبار الشخصي في عملية التحكيم على عدد من العناصر أهمها تحقق الأهلية في أطراف التحكيم , وبالنظر إلى هذه الأهلية نجد أنها تقوم على عدد من الشروط (٢٠١).

---

(٢٠٠) التحكيم في الشريعة الإسلامية :د/ إسماعيل الأسطل, مرجع سابق, ص ٢١٤.

(٢٠١) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

ويثار في هذا المقام تساؤل مؤداه : ما أثر تخلف الاعتبار الشخصي أو شرط من شروط الأهلية على عملية التحكيم؟

إن تخلف الاعتبار الشخصي في عملية التحكيم قد يكون راجعاً إلى فوات أهلية التحكيم برمتها, وقد يكون راجعاً إلى تخلف شرط من شروط الأهلية, فما أثر ذلك على عملية التحكيم؟

ولما كانت الشروط التي يلزم توفرها في المحكم تختلف قوة وضعفاً, فمنها ما هو شرط صحة ومنها ما هو شرط كمال فسوف نتناول أثر تخلف كل شرط على حدة :

أ- ***أثر تخلف شرط الإسلام في المحكم***:

ويتعلق بهذا الشرط مسألتان :

الأولى : إذا كان التحكيم بين مسلمين.

الثانية : إذا كان التحكيم بين مسلم وغير مسلم.

فأما بالنسبة للمسألة الأولى : إذا كان التحكيم بين مسلمين : فقد اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام في المحكم إذا كان التحكيم بين المسلمين, فإذا حكم غير المسلم بين المسلمين ترتب على هذا عدم صحة الحكم وعدم نفاذه(٢٠٢)؛ وذهب جانب من الفقهاء – وهم المالكية(٢٠٣)– : إلى أن حكم غير المسلم غير صحيح ولا ينفذ وإن كان صواباً, أما إذا كان غير صوابٍ فلا ينفذ وعليه الضمان.

وبالنظر إلى رأي الفقهاء : نجد أنهم قد اعتدوا بالاعتبار الشخصي في المحكم إذا كان أطراف النزاع مسلمين, فلا يجوز تحكيم غير المسلم بين المسلمين.

---

(٢٠٢) البحر الرائق: لابن نجيم , مرجع سابق, ج ٧, ص ٢٤, شرح ميارة الفاسي: لأبي عبد الله المالكي, مرجع سابق, ج١, ص ٢٠, حاشية الصاوي على الشرح الصغير : لأحمد الصاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٨٦ وما بعدها, حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين: أبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٢١, الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرادوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٠٢, مطالب أولي النهى: للسيوطي, مرجع سابق, ج ٦, ص ٤٦٦.

(٢٠٣) الشرح الكبير : للشيخ الدردير, مرجع سابق, ج ٤, ص١٢٦.

وأما بالنسبة للمسألة الثانية: إذا كان التحكيم بين مسلم وغير مسلم (إذا كان أحد أطراف التحكيم مسلماً والآخر غير مسلم) [٢٠٤]: فقد اختلف الفقهاء في مدى اشتراط الإسلام في المحكم, وكان اختلافهم على رأيين[٢٠٥]:

فذهب جمهور الفقهاء – وهم المالكية, والشافعية, والحنابلة– إلى عدم صحة التحكيم إذا كان المحكم غير مسلم وأحد الخصوم مسلماً, فلا يجوز تولية غير المسلم التحكيم غذا كان أحد أطراف النزاع مسلماً.

بينما ذهب جانب من الفقهاء – وهم الأحناف– إلى أن حكم المحكم – في هذه الصورة– يكون موقوفاً على الحكم الصادر فإذا كان الحكم في مصلحة المسلم كان الحكم صحيحاً, أما إذا صدر في غير مصلحة المسلم فإن الحكم يكون غير صحيح.

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة إذا كان أحد أطراف النزاع مسلماً وكان المحكم غير مسلم وصدر الحكم لصالح المسلم.

فبناءً على الرأي الأول فإن التحكيم باطل سواء صدر الحكم لصالح لمسلم أو لم يكن كذلك.

وبناءً على الرأي الثاني فإن الحكم يكون صحيحاً لصدوره لصالح المسلم.

وفي مجال الاعتداد بالاعتبار الشخصي : إنه بالنظر إلى أصحاب الرأي الأول نجد أنهم قد اعتدوا بشرط الإسلام في تكوين الاعتبار الشخصي للمحكم سواء صدر الحكم لمصلحة المسلم أم لا, فلا يجوز تولية غير المسلم التحكيم في حالة إذا كان أحد الخصوم مسلماً, كذلك إذا كانت هيئة التحكيم بها شخص غير مسلم فإن الحكم يكون غير صحيح .

بينما نجد أن أصحاب الرأي الثاني لم يعتدوا بشرط الإسلام في تكوين الاعتبار الشخصي للمحكم إذا كان التحكيم بين مسلم وغير مسلم وصدر الحكم لصالح المسلم.

الرأي المختار:هو الرأي الأول القائل بعدم تولية غير المسلم التحكيم إذا كان أحد الخصوم مسلماً, وذلك أخذاً بالاعتبار الشخصي في المحكم, وحتى تكون

---

(٢٠٤) ويقترب من هذه المسألة إذا اتفق المحتكمون – وكانوا مسلمين– على تحكيم هيئة تحكيمية وكان من بينها غير مسلم.

(٢٠٥) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

عملية التحكيم مستقيمة, فلا ينظر إلى الحكم الصادر من المحكم أو من هيئة التحكيم حتى يتم الحكم على عملية التحكيم ذاتها بكونها صحيحة أو غير صحيحة.

ويترتب على هذا أن تخلف الاعتبار الشخصي في المحكم, بتخلف كون المحكم مسلماً في التحكيم بين المسلمين أو كان أحد الخصوم مسلماً والآخر غير مسلم أن الحكم الصادر من المحكم يكون **غير صحيح ولا ينفذ.**

والله أعلم ,,,

ب-***أثر تخلف شرط البلوغ في المحكم :***

اتفق الفقهاء على اشتراط البلوغ في المحكم إلا أنهم اختلفوا في تكييف هذا الشرط فهل هو شرط صحة أم أنه شرط كمال [٢٠٦].

وترتب على هذا أنهم قد اختلفوا في الحكم الصادر من المحكم إذا كان المحكم صبياً مميزاً, وكان اختلافهم على رأيين : [٢٠٧].

فذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط أن يكون المحكم بالغاً فإذا كان المحكم صبياً لم يصح التحكيم .

بينما ذهب جانب من الفقهاء إلى عدم اشتراط كون المحكم بالغاً فيصح أن يكون المحكم صبياً مميزاً

ثمرة الخلاف: تظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة إذا تم تولية صبي مميز التحكيم

فبناءً على الرأي الأول فإن التحكيم باطل .

وبناءً على الرأي الثاني فإن الحكم يكون صحيحاً .

وفي مجال الاعتداد بالاعتبار الشخصي : إنه بالنظر إلى أصحاب الرأي الأول نجد أنهم قد اعتدوا بشرط البلوغ في تكوين الاعتبار الشخصي للمحكم فلا يجوز تولية الصبي – سواء أكان مميزاً ام غير مميز – التحكيم.

بينما نجد أن أصحاب الرأي الثاني لم يعتدوا بشرط البلوغ في تكوين الاعتبار الشخصي للمحكم فيجوز تولية الصبي المميز التحكيم.

---

(٢٠٦) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(٢٠٧) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

الـرأي المختـار:هـو الـرأي الأول القائـل بعـدم صـحة توليـة الصـبي المميـز التحكيم, وذلك أخذاً بعنصر البلوغ في تكوين الاعتبار الشخصي في المحكم, كما أن المحكم باتفاق الفقهاء لابد أن يكون من أهل الشهادة والقضاء, والصبي ولو كان مميزاً لا تتوفر فيه هذه الأهلية.

ويترتـب علـى هذا أن تخلف الاعتبار الشخصـي فـي المحكم, بتخلف كونـه بالغاً أن الحكم إذا صدر منه كان **غير صحيح ولا ينفذ.**

والله أعلم ,,,

ج- ***أثر تخلف شرط التعيين في المحكم :***

اتفـق الفقهـاء علـى اشـتراط كـون المحكـم معينـاً, وتعيـين المحكـم قـد يكـون بتحديد شخص المحكم أو بتوفر صفة من الصفات فإذا لم يتم تعيينه كان التحكيم باطلاً (٢٠٨).

فإذا وقعت الجهالة في شخص المحكم كما لو اتفقا على تحكيم شخص على أنـه فـلان ثـم تبـين أنـه علـى خـلاف مـا قصـداه لـم يجـز التحكيم, كـذلك إذا كانـت الجهالـة فـي صفة من صفات المحكم كما لو اتفقا على تحكيم شخص متخصص في علم معين ثم تبين أنه على خلاف ذلك فإن التحكيم لا يصح(٢٠٩).

ويؤخذ من هذا : أن الفقهاء قد اعتبروا أن التعيين شرط من شروط تكوين الاعتبـار الشخصـي للمحكم, فاشـتروط فـي المحكـم أن يكـون معينـاً, وذلـك بتعيينـه تعييناً نافياً للجهالة, وكما ذكرنا– قبل ذلك– إن التعيين قد يكون بشخص المحكم وقد يكون بتحديد صفة فيه (٢١٠).

---

(٢٠٨) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(٢٠٩) التحكيم فـي الشريعة الإسـلامية: د/ إسماعيل الأسطل, مرجـع سابق, ص ١٠٢؛ تبصرة الحكام حيث جاء فيه :" قال ابن الأمين : *ولا تتم الولاية إلا بثلاثة شروط : الأول معرفة المولي للمولى أنه على الصفة التي يجوز أن يولى عليها فإن جهل ذلك لم يصح تقليده فإن عرف ذلك بعد التقليد استأنف الولاية,.....*"أنظر تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: برهان الدين اليعمري إبراهيم بن علي بن محمد المشهور بابن فرحون، (المتوفى: ٧٩٩هـ): مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م, ج١, ص ١٩.

(٢١٠) راجع ما سبق ص من هذا البحث.

د- ***أثر تخلف شرط العلم والمعرفة في المحكم :***

اتفق الفقهاء على اشتراط العلم والمعرفة في المحكم إلا أنهم قد اختلفوا في التكييف الفقهي لهذا الشرط على رأيين (٢١١).

فذهب جانب من الفقهاء(٢١٢) – وهم المالكية – القائلون بأنه شرط صحة إلى أن حكم الجاهل غير صحيح ولا ينفذ حكمه إن كان صواباً, ويضمن إذا كان غير صوابٍ؛ كما ذهبوا إلى أنه يؤدب إذا استوفى– أي إذا تم تنفيذ الحكم.

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء – وهم الأحناف, والشافعية, والحنابلة – القائلون بأنه شرط كمال: إلى أن المحكم إذا كان جاهلاً واستعان بأهل العلم والمعرفة فحكمه صحيح, ونافذ, لأن الحكم ينسب إلى أهل العلم والمعرفة حينئذٍ.

ثمرة الخلاف: وتظهر ثمرة الخلاف بين الفقهاء في الأثر المترتب على تخلف هذا الشرط.

فبالنظر إلى أصحاب الرأي الأول نجد أنهم : قد اعتدوا بالعلم والمعرفة في تكوين الاعتبار الشخصي للمحكم, فاشترطوا أن يكون المحكم ذا علم ومعرفة , فإذا تخلف هذا الشرط أثر هذا على الحكم, فكان الحكم غير صحيح وغير نافذ سواء أكان الحكم صواباً أو غير صوابٍ, بل إنهم ذهبوا إلى أن الحكم إذا كان غير صوابٍ كان المحكم ضامناً, وإذا استوفى الحكم أدب على افتياته .

بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى الاعتداد بشرط العلم والمعرفة في الاعتبار الشخصي للمحكم إلا أن تخلف كون المحكم عالماً لا يؤثر على الحكم فلا يبطله وذلك إذا شاور المحكم أهل العلم والمعرفة فينسب الحكم لهم.

الرأي المختار : هو الرأي القائل بأن العلم والمعرفة شرط لصحة التحكيم فلا يصح تولية الجاهل التحكيم, وذلك حتى لا يقوم التحكيم والفصل في المنازعات بين الناس على الغرر والاحتمال القائم على غير علم .

والله أعلم ,,,

يؤخذ من هذا : إن الفقهاء قد اتفقوا على الاعتداد بالاعتبار الشخصي في المحكم, فلا يصح تولية الجاهل, إلا أنهم قد اختلفوا في أثر تولية الجاهل للتحكيم إذا شاور أهل العلم والمعرفة.

---

(٢١١) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(٢١٢) الشرح الكبير : للشيخ الدردير, مرجع سابق, ج ٤, ص١٢٦.

٥- ***أثر تخلف شرط الذكورة في المحكم :***

اختلف الفقهاء في مدى اشتراط الذكورة في المحكم, وكان اختلافهم على رأيين: (٢١٣)

فذهب جانب من الفقهاء – وهم الأحناف, والمالكية في المشهور – , إلى عدم اشتراط الذكورة في المحكم فيجوز أن يكون المحكم امرأة, فلا اعتبار في كون المحكم رجلاً أو امرأة .

بينما ذهب جانب من الفقهاء– وهم المالكية في قول, والشافعية, والحنابلة– إلى اشتراط كون المحكم رجلاً فلا يصح التحكيم إذا كان المحكم امرأة .

ثمرة الخلاف : تظهر ثمرة الخلاف في مسألة مدى جواز تولي المرأة التحكيم وأثره في الحكم الصادر من المحكم إذا كان امرأة

فبالنظر إلى أصحاب الرأي الأول نجد أنهم لم يعتدوا بشرط الذكورة في الاعتبار الشخصي للمحكم, فيصح الحكم وينفذ سواء أكان المحكم رجلاً أو امرأة.

وبالنظر إلى أصحاب الرأي الثاني نجد أنهم قد اعتدوا بشرط الذكورة واعتبروه عنصراً من عناصر تكوين الاعتبار الشخصي للمحكم, فاشترطوا أن يكون المحكم ذكراً فلا يصح الحكم إذا كان المحكم امرأة.

الرأي المختار : إن الاعتبار الشخصي للمحكم يرتبط **بالموضوع محل التحكيم**؛ ومن ثم فإننا نفرق بين أمرين في مدى اشتراط الذكورة في المحكم:

الأمر الأول: إذا كان موضوع التحكيم أمراً عاماً(٢١٤), فهنا يشترط في المحكم أن يكون رجلاً.

الامر الثاني: إذا كان موضوع التحكيم أمراً من الأمور الخاصة بالمحتكمين فهنا يجوز أن يكون المحكم امرأة, وهذا على اعتبار أن الأمر لا يتعدى إلى غير المحتكمين فيجوز لهما أن تولية امرأة للفصل في النزاع.

والله أعلم ,,,

---

(٢١٣) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(٢١٤) ويتحقق ذلك إذا كان التحكيم في أمر من الأمور العامة للمسلمين كما حدث في عهد النبي ﷺ مع بني قريظة.

و- ***أثر تخلف شرط سلامة الحواس في المحكم :***

اتفق الفقهاء على اشتراط سلامة الحواس في المحكم بأن يكون سميعاً, بصيراً, ناطقاً, إلا أنهم قد اختلفوا في التكييف الفقهي لهذا الشرط- فمنهم من اعتبره شرط صحة ومنهم من اعتبره شرط كمال [٢١٥]- , كما اختلفوا كذلك في بعض الفروع التي تتعلق به [٢١٦].

فبالنظر إلى من اعتبره من الفقهاء شرط صحة ذهب إلى الاعتداد بشرط سلامة الحواس لتكوين الاعتبار الشخصي في المحكم واشترط كونه سليم الحواس.

بينما من اعتبره من الفقهاء شرط كمال لم يعتد بسلامة الحواس باعتباره عنصراً من عناصر تكوين الاعتبار الشخصي في المحكم, ولم يشترط كونه سميعاً أو بصيراً أو ناطقاً.

الرأي المختار : إن الرأي المختار هو الرأي الأول القائل باشتراط كون المحكم سليم الحواس- سميعاً بصيراً ناطقاً- وهذا لأن المحكم يشترط فيه ما يشترط في القاضي من شروط, ومن شروط القاضي لصحة الحكم كونه سليم الحواس حتى يستطيع الفصل في الخصومة على وجه صحيح, وهذا يعد أخذاً بمبدأ الاعتبار الشخصي في المحكم, ويترتب على تخلف هذا الشرط اعتبار التحكيم غير صحيح ولا ينفذ الحكم الصادر. **والله أعلم** ,,,

نخلص مما سبق: أن الفقهاء قد وضعوا للاعتبار الشخصي عدداً من العناصر التي لابد من توفرها في المحكم,- وإن كانوا قد اختلفوا في هذه العناصر- فإذا تخلف أحد هذه العناصر للاعتبار الشخصي ترتب على هذا التأثير على الحكم الصادر من المحكم؛ فإما أن يكون الحكم باطلاً, أو غير نافذ وهو ما يختلف باختلاف العنصر المكون للاعتبار الشخصي ذاته.

---

(٢١٥) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(٢١٦) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

المطلب الثاني
خروج المحكم عن أهلية التحكيم

يثور عند بحث مبدأ الاعتبار الشخصي للتحكيم مسألة هامة ألا وهي : ما أثر خروج المحكم عن أهلية التحكيم بعد تحققها فيه, فهل يؤثر خروج المحكم عن أهلية التحكيم على التحكيم والحكم الصادر منه أم لا ؟

فهل اشتراط الأهلية في المحكم هو شرط ابتداءٍ فقط, أم أنه شرط ابتداء وبقاء كذلك(٢١٧)؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على التكييف الفقهي للمحكم وعلى الشروط التي تتعلق بأهلية المحكم للتحكيم.

<u>أولاً ما يتعلق بالتكييف الفقهي للمحكم</u>: سبق أن تناولنا التكييف الفقهي للمحكم (٢١٨) وتوصلنا إلى أن العلاقة التي تربط بين المحكم والمحتكمين هي علاقة تعاقدية أساسها العقد الذي يربط بين المحتكمين من جهة والمحكم من جهة أخرى, وذلك بهدف تولية المحكم للفصل في النزاع بين المحتكمين؛ وأن الوصف الفقهي للمحكم هو اعتباره بمنزلة القاضي في الحكم بين المتخاصمين– طبقاً للرأي المختار(٢١٩)– إلا أن ولايته للفصل في النزاع هي ولاية خاصة بالمحتكمين فقط.

ولما كان التكييف الفقهي للمحكم يدور بين كونه قاضياً وكونه وكيلاً وكالة خاصة عن المحتكمين في الفصل في النزاع فسوف نتناول أثر خروج القاضي عن أهلية القضاء, وأثر خروج الوكيل عن أهلية الوكالة, ثم نبين أثر خروج المحكم عن أهلية التحكيم.

أ- *<u>أثر خروج القاضي عن أهلية القضاء :</u>* تناول الفقهاء مسألة خروج القاضي عن أهلية القضاء بعد تحققها في باب القضاء, وترتبط هذه المسألة بالشروط التي تتعلق بأهلية القاضي للقضاء, وقد وضع الفقهاء ضابطاً في تخلف شرط من شروط الوجوب والتولية وهو :"***<u>أن القاضي إذا طرأت عليه صفة لو</u>***

(٢١٧) يقصد بأنها شرط ابتداءٍ أي أنها شرط تولية المحكم التحكيم, ويقصد بأنها شرط ابتداءٍ وبقاء : أي أنها شرط تولية وحكم كذلك.

(٢١٨) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

(٢١٩) راجع ما سبق ص من هذا البحث .

قارنت التولية لامتنع فإنه ينعزل" وهذا ما ذهب إليه الأحناف [٢٢٠] والمالكية[٢٢١] والشافعية [٢٢٢] والحنابلة[٢٢٣].

وقد تناول الفقهاء حكم تخلف شرط العدالة[٢٢٤] بعد تحققها في القاضي وأثره على أهلية القضاء والحكم, وقد اختلفوا في وصف العدالة, فهل تعد العدالة من شروط الوجوب والتولية أم أنها من شروط الندب والاستحباب وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن القاضي إذا طرأ عليه الفسق فإنه ينعزل بمجرد أن طرأ عليه.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في غير ظاهر الرواية[٢٢٥], والمالكية في قول [٢٢٦], والشافعية [٢٢٧], والحنابلة في رواية [٢٢٨].

---

(٢٢٠) شرح فتح القدير : لكمال الدين ابن الهمام, مرجع سابق, ج٥, ص ٤٩٩, البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٨٤., الأشباه والنظائر : لابن نجيم, مرجع سابق, ص ٢٤٥" وجاء فيه : *إذا فسق القاضي فإنه ينعزل*"

(٢٢١) منح الجليل : لمحمد عليش, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٥٨ وجاء فيه : *للقضاء خصال مشترطة في صحة ولايته وهي أن يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا واحدا فهذه الست خصال لا يصح أن يولى القضاء على مذهبنا إلا من اجتمعت فيه فإن ولي من لم تجتمع فيه لم تنعقد ولايته وإن انخرم شيء منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية*" الذخيرة: للقرافي, مرجع سابق, ج١٠, ص ١٢٧.

(٢٢٢) الوسيط في المذهب: محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد, سنة الولادة ٤٥٠/ سنة الوفاة ٥٠٥, ١٤١٧هـ , دار السلام, القاهرة, ج ٧, ص ٢٩٤, (نسخة محققة قام بها تحقيق أحمد محمود إبراهيم, محمد محمد تامر) .

(٢٢٣) كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي, مرجع سابق, ج٦, ص ٢٩٧ وجاء في باب القضاء : *وما يمنع التولية ابتداء يمنعها دواما إذا طرأ ذلك عليه لفسق أو زوال عقل فينعزل بذلك*"

(٢٢٤) وذلك إذا كان الفسق بأخذ الرشوة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر.

(٢٢٥) البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٨٤, وهو قول أبي يوسف ومحمد وزفر, وهو مروي عن الكرخي وهو ما اختاره الطحطاوي, أنظر في ذلك العناية شرح

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن القاضي لا ينعزل إذا فسق بعد تقليده, ولكن يجب على ولي الأمر عزله .

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف في ظاهر الرواية [٢٢٩], والمالكية في قول وهو المشهور [٢٣٠] , والحنابلة في رواية ثانية [٢٣١]

سبب الاختلاف: ويرجع سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مدى اشتراط العدالة في القاضي لتولي القضاء وصحة الحكم .

الهداية: للبابرتي, مرجع سابق, ج١٠, ص ٢٠٥, كتاب أدب القاضي, درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر , , مرجع سابق, ج ٤, ص ٥٣٠.

(٢٢٦) مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ٦٥.

(٢٢٧) أسنى المطالب شرح روض الطالب : لزكريا الأنصاري, مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٨٩, الأشباه والنظائر : للسبكي, مرجع سابق, ص ٧٩٣, فصل ما افترق فيه الإمامة العظمى والقضاء وسائر الولايات.

(٢٢٨) الإقناع : للحجاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٧٠.

(٢٢٩) البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٨٣, وجاء فيه "*فيما يخرج القاضي عن القضاء ففي البزازية أربع خصال إذا حل بالقاضي انعزل: فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين*" وجاء أيضاً :"*وفي البدائع أن القاضي يخرج عن القضاء بكل ما يخرج الوكيل إلا إذا مات الخليفة أو خلع فإنه لا تنعزل قضاته وولاته وإذا مات الموكل انعزل وكيله ولا ينعزل بأخذ الرشوة والفسق عندنا*", وجاء أيضاً :"*وفي الولوالجية إذا ارتد القاضي أو فسق ثم صلح فهو على حاله لأن المرتد أمره موقوف ولأن الارتداد فسق وبنفس الفسق لا ينعزل إلا أن ما قضى في حالة الردة باطل بخلاف الحكم إذا ارتد فإنه يخرج والفرق مذكور فيها وما قدمناه عن البزازية من أنه ينعزل بفوات الدين يخالفه إلا أن يقال بالردة ينعزل عن نفاذ قضائه جمعا بينهما , وفي الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخر فيه روايتان*" الفتاوى الهندية: للشيخ نظام مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٠٧.

(٢٣٠) مواهب الجليل : للحطاب, مرجع سابق, ج ٨, ص ٦٥, منح الجليل شرح مختصر خليل: محمد عليش, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٥٨ , وهو قول أصبغ.

(٢٣١) الإقناع : للحجاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٧٠,

فمن رأى من الفقهاء أن العدالة شرط في تولي القضاء وفي صحة الحكم ذهب إلى أن طروء الفسق على القاضي بعد توليه القضاء يؤثر على أهليته للقضاء وعلى الحكم الصادر

ومن رأى من الفقهاء أن العدالة ليست شرطاً لتولي القضاء ذهب إلى أن طروء الفسق عليه بعد توليه القضاء لا أثر له في الحكم.

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائل:بأن القاضي ينعزل بالفسق إذا طرأ عليه بعد تقلده لما ذهبوا إليه بالمعقول:

فقالوا: إن العدالة شرط لتقلد القاضي القضاء, وهو شرط ابتداء ودوام فإذا صار غير عدل فقد اختلت فيه أهلية القضاء فينعزل بفسقه, ولأن المولي لم يرض بكونه غير عدل حال تقليده القضاء فإذا فسق انعزل, والقضاء مبناه على العدالة والأمانة، فإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن الفسق لا يُخرج القاضي من أهلية القضاء لما ذهبوا إليه بالمعقول:

فقالوا: إن الفسق لا يخرج القاضي من أهلية القضاء – فهو ليس بشرط لتولية القضاء– فإذا قلد الفاسق القضاء صح تقلده, فما ليس بشرط في الابتداء لا يكون شرطاً في البقاء.

كما أن الفاسق من أهل الشهادة ومن كان كذلك فيكون من أهل القضاء ولا يؤثر كونه فاسقاً حين التولي أو بعد ذلك.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول إن الفاسق من أهل الشهادة فيصح أن يكون من أهل القضاء أمر مردود وفيه نظر, كما أن المقلد لم يرض بفسقه حين توليه القضاء, ففسقه يخرجه من كونه أهلاً للقضاء.

الرأي المختار : هو الرأي القائل بأن طروء الفسق على القاضي يخرجه من أهلية القضاء فينعزل القاضي بطروء الفسق عليه, لأن من ولاه حينما اختاره للقضاء قد توفرت فيه صفة العدالة, فإذا فقدها فقد فقد شرطاً من أهلية القضاء, سواء أكانت العدالة شرط وجوب أو شرط ندب وكمال.

والله أعلم ,,,

ب- ***أثر خروج الوكيل عن أهلية الوكالة***: تناول الفقهاء تخلف بعض شروط الوكالة بعد تحققها في الوكيل, منها جنون الوكيل وردته وسوف نتناولهما في هذا المقام.

أ- أثر جنون الوكيل على الوكالة: نفرق في هذه المسألة بين نوعين من الجنون(٢٣٢): أ- الجنون المطبق" المطلق" ب- الجنون غير المطبق.

فأما جنون الوكيل المطبق: فقد اتفق الفقهاء على أن جنون الوكيل جنوناً مطبقاً يؤثر في الوكالة, ويبطلها (٢٣٣) .

وسندهم في ذلك: من السنة والمعقول:

فأما السنة: فأحاديث منها ما روي عن رسول الله أنه قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ والصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق"

وجه الاستدلال: إن في الحديث دلالة على سقوط التكليف من على المجنون حتى يفيق ومنها عدم صحة التصرفات التي تصدر من المجنون.

وأما المعقول: إن الجنون مانع من صحة التصرفات فإذا كان الجنون مستمراً ومطبقاً بصاحبه فقد أخرجه عن أهلية التكليف, والعقل مناط التكليف فتصير تصرفاته ملغاة وغير معتبرة.

وأما جنون الوكيل غير المطبق" المتقطع غير المستمر": فاختلف الفقهاء فيه على رأيين:

الرأي الأول: يرى اصحابه إلى أن جنون الوكيل مطلقاً – سواء أكان مطبقاً أو غير مطبق- يؤثر على الوكالة وينهيها.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في رواية(٢٣٤), والشافعية في المذهب(٢٣٥), وأصح الروايتين عن الحنابلة(٢٣٦).

---

(٢٣٢) وقد اختلف الفقهاء في الحد الفاصل بين ما يعد جنوناً مطبقاً وجنوناً غير مطبق: فعند الإمام أبي يوسف هو ما استمر شهراً, وعند الإمام محمد من الأحناف ما استمر سنة.

(٢٣٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٣٩, حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٩٦, الحاوي الكبير : للماوردي, مرجع سابق, ج٦, ص ٥٠٧, الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ٢٧٣,

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن جنون الوكيل جنوناً غير مطبق لا يؤثر على الوكالة فتبقى الوكالة قائمة.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف [٢٣٧], والمالكية في رواية [٢٣٨] , والشافعية في قول[٢٣٩], والحنابلة في إحدى الروايتين [٢٤٠]

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائل بأن جنون الوكيل جنوناً غير مطبق يؤثر على الوكالة ويبطلها بالمعقول:

فقالوا: إن اشتراط كون الوكيل أهلاً للوكالة هو شرط لصحة الوكالة فيشترط أن يكون الوكيل أهلاً لمباشرة التصرف وقت انعقاد الوكالة ووقت إبرام التصرف الموكل فيه فإذا خرج الوكيل عن أهلية التصرف بطلت الوكالة .

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بأن جنون الوكيل جنوناً غير مطبق لا يؤثر على الوكالة بالمعقول:

فقالوا: إن الجنون غير المطبق لا يؤثر على أهلية الوكيل فلا يخرجه عن أهلية التصرف كالإغماء, فكما أن الإغماء الذي لا يستمر مدة طويلة لا يؤثر على أهلية التصرف كذا الجنون غير المطبق الذي لا يستمر مدة طويلة.

---

(٢٣٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٩٦,

(٢٣٥) الحاوي الكبير : للماوردي, مرجع سابق, ج٦, ص ٥٠٧, وهو مذهب الشافعي"

(٢٣٦) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ٢٧٣.

(٢٣٧) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٣٩.

(٢٣٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٩٦, نقله ابن عرفة عن المازري.

(٢٣٩) الحاوي الكبير: للماوردي, مرجع سابق, ج٦, ص ٥٠٧, وهو مذهب أبي العباس بن سريج"

(٢٤٠)الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي, مرجع سابق, ج ٥, ص ٢٧٣.

ويناقش هذا الاستدلال : بوجود الفارق بين الإغماء والجنون في أن الجنون يذهب العقل ولا يفتر الجسد, أما الإغماء فهو يؤدي إلى فتور الجسد مع بقاء العقل حكماً كالنائم فافترقا.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في هذه المسألة هو القائل بأن الجنون غير المطبق يؤثر على أهلية الوكيل للوكالة فإن جن الوكيل خرج عن أهلية الوكالة, وبطلت الوكالة ولا يرجع إليها إلا بتوكيل جديد من الموكل.

والله أعلم ,,,

ب- أثر ردة الوكيل على الوكالة: اختلف الفقهاء في أثر ردة الوكيل على أهلية الوكالة فهل تبطل الوكالة وينعزل الوكيل بالردة أم لا؟ وكان اختلافهم على أربعة أراء:

الرأي الأول : يرى أصحابه بطلان الوكالة بردة الوكيل مطلقاً.

إلى هذا الرأي ذهب المالكية في الأصح[٢٤١], والشافعية في وجه[٢٤٢], والحنابلة في وجه[٢٤٣]

الرأي الثاني : يرى أصحابه عدم بطلان الوكالة بردة الوكيل وإن لحق بدار الحرب.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول[٢٤٤], والشافعية في وجه ثان[٢٤٥], والحنابلة في وجه ثانٍ[٢٤٦]

---

(٢٤١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد عرفة الدسوقي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٩٦, وقد تردد العلماء إن لم يقتل بعد مدة الاستتابة لعذر.

(٢٤٢) مغني المحتاج: للخطيب الشربيني, مرجع سابق, ج ٢, ص ٢١٩.

(٢٤٣) الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي: لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي (المتوفى : ٧٦٣هـ), الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م,: مؤسسة الرسالة, ج٧, ص ٣٩, (نسخة محققة قام بها المحقق : عبد الله بن عبد المحسن التركي), المغني : لابن قدامة, مرجع سابق , ج ٥, ص ٢٤٥.

(٢٤٤) البهجة في شرح التحفة: للتسولي, مرجع سابق, ج١, ص ٣٢٨.

(٢٤٥) مغني المحتاج: للخطيب الشربيني, مرجع سابق, ج ٢, ص ٢١٩, حاشية الشرواني: لعبد الحميد الشرواني, مرجع سابق, ج ٥, ص ٣٤١, "وهو الأظهر من كلام المصنف"

الرأي الثالث : يرى أصحابه أنه إذا ارتد الوكيل تكون الوكالة موقوفة, فإذا لحق بدار الحرب فإنها تبطل وإن عاد إلى الإسلام لا تبطل.

وإلى هذا الرأي ذهب الإمام محمد بن الحسن الشيباني من الأحناف(٢٤٧)

الرأي الرابع : يرى أصحابه أن الوكالة تبطل بردة الوكيل بشرط القضاء بلحوقه بدار الحرب.

إلى هذا الرأي ذهب الإمام أبو يوسف من الأحناف(٢٤٨)

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائل ببطلان الوكالة بردة الوكيل بالمعقول:

فقالوا: إن الردة تنافي أهلية الوكالة فإذا خرج الوكيل عن الأهلية بالردة تبطل الوكالة, فتصرفات المرتد تقع باطلة لاعتبار كونه ميتاً حكماً.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل بعدم بطلان الوكالة بردة الوكيل بالمعقول:

فقالوا: إن الردة لا تنافي الوكالة وذلك لأن الوكيل يقوم بالتصرف لنفسه فيجوز أن يتصرف لغيره – الموكل– , والوكيل وقت انعقاد الوكالة كان أهلاً للتصرف والردة لا تنافي أهلية التصرف فتبقى الوكالة صحيحة, وكما أن الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع استمرارها.

---

(٢٤٦) الفروع ومعه تصحيح الفروع لابن مفلح مرجع سابق, ج٧, ص ٣٩, الإقناع : للحجاوي, مرجع سابق, ج ٢, ص ٢٣٦ إلا فيما ينافي الوكلة

(٢٤٧) البحر الرائق: لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٣, ص ٣٦٠, اللباب في شرح الكتاب: للغنيمي, مرجع سابق, ج ١, ص ٢٠٢, الهداية شرح البداية: للمرغيناني, مرجع سابق, ج ٣, ص ١٥٤

(٢٤٨) الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي: لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي (المتوفى : ٧٦٣هـ), الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م,: مؤسسة الرسالة, ج٧, ص ٣٩, (نسخة محققة قام بها المحقق : عبد الله بن عبد المحسن التركي), المغني : لابن قدامة, مرجع سابق , ج ٥, ص ٢٤٥.

ويناقش هذا الاستدلال : إن القول بأن الردة لا تنافي الأهلية ولا تبطل الوكالة بردة الوكيل أمر مردود بأن المرتد ميت حكماً في نظر الشرع فلا يجوز له القيام بالتصرف, والمرتد لا يقر على ردته فتبطل كل تصرفاته بعد الردة ومنها الوكالة.

واستدل أصحاب الرأي الثالث القائل ببطلان الوكالة بردة الوكيل ولحوقه بدار الحرب أما إذا عاد إلى الإسلام فلا تبطل بالمعقول:

فقالوا: إن الوكيل إذا ارتد وحكم بلحوقه بدار الحرب صار منهم وبالتالي تبطل الوكالة بلحوقه بدار الحرب أما إذا عاد إلى الإسلام ولم يُقض بلحوقه بدار الحرب فإن الوكالة تكون باقية ولا تبطل.

ولأن الوكالة إطلاق, والوكيل يتصرف بمعان قائمة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فإذا زال العجز, والإطلاق باق عاد وكيلا.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن اللحاق بدار الحرب يعد عارضاً للوكالة فيعجز الوكيل عن التصرف باللحاق بدار الحرب وليس بالردة, أمر فيه نظر لأن الإطلاق في الوكالة قد سقط بخروج الوكيل عن أهلية الوكالة بمجرد ردته وليس بلحاقه بدار الحرب, فإذا سقط الإطلاق في الوكالة سقط ما يترتب عليه, والساقط لا يعود.

واستدل أصحاب الرأي الرابع القائل ببطلان الوكالة بردة الوكيل ولحوقه بدار الحرب بالمعقول:

فقالوا: إن الوكالة إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات – حكماً– وبطلت الولاية فلا تعود.

ويناقش هذا الاستدلال: بما ناقشنا به أصحاب الرأي الثالث, كما يناقش كذلك بأن المرتد يلحق بالأموات بمجرد الردة لا باللحاق بدار الحرب.

الرأي المختار: إن الرأي المختار في هذه المسألة هو الرأي القائل بأن ردة الوكيل تبطل الوكالة مطلقاً لأن الردة تنافي الأهلية في الابتداء فتنافيها كذلك في البقاء, فإذا خرج الوكيل عن أهلية الوكالة بالردة تبطل الوكالة سواء لحق بدار أم لا, وسواء عاد للإسلام أم ظل على ردته, لأن في القول بأن الوكالة قائمة بعد ردته إقرار بحاله التي صار عليها وهي الردة وهو أمر مردود ديانة وقضاء.

والله أعلم ,,,

ج-*أثر خروج المحكم عن أهلية التحكيم* : ويثار في هذا المقام التساؤل الذي سبق وأن طرحناه ألا وهو هل المحكم ينطبق عليه ما ينطبق على القاضي باعتباره قاضياً في المسألة محل النزاع, أم ينطبق عليه ما ينطبق على الوكيل باعتباره وكيلاً عن المتخاصمين بفض النزاع بينهم؟

ولما كان التحكيم فيه معنى القضاء – وإن كان أدنى منه رتبة– فإن ما يتعلق بالشروط اللازم توفرها في القاضي يلزم توفرها كذلك في المحكم وما يؤثر على القاضي يؤثر كذلك على المحكم, كما أن التحكيم فيه معنى الوكالة كذلك – لأن الولاية في التحكيم تعد ولاية خاصة– فإن ما يؤثر على الوكيل وينهي مهمته يؤثر كذلك على المحكم.

وبناءً على هذا : أنه إذا تخلف شرط من شروط الأهلية في القاضي ينطبق كذلك على تخلف شرط من شروط الأهلية في المحكم بما يتناسب مع ولايته للفصل في النزاع ولاية خاصة.

وكذلك الأمر أنه إذا تخلف شرط من شروط أهلية الوكيل في الوكالة فإنه يؤثر على المحكم باعتبار أن الولاية في التحكيم تعد ولاية خاصة, كما أن عقد التحكيم يشترك مع عقد الوكالة في أنهما من العقود الجائزة.

وأما بالنسبة للأمر الثاني: *طبيعة الشروط التي تتعلق بالمحكم*: فنفرق في الشروط التي تتعلق بالمحكم وتؤثر في الاعتبار الشخصي بين نوعين من الشروط :

النوع الأول: شروط وجوب وتولية للحكم.

النوع الثاني: شروط ندب واستحباب وكمال للتحكيم.

فأما بالنسبة لشروط الوجوب وتولية الحكم: فيمكن قياس المحكم على القاضي في الشروط الواجب توافرها فيه وقت التولية,ومن ثم يمكن وضع ضابطٍ في تخلف شرط من شروط الوجوب والتولية وهو :"***أن المحكم إذا طرأت عليه صفة لو قارنت التولية لامتنع فإنه ينعزل***[٢٤٩]"

(٢٤٩) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر, مرجع سابق, ج ٤, ص ٦٤٠, المادة " ١٧٩٤",

فيشترط بقاء أهلية المحكم وقت التحكيم وبين التحكيم والحكم فلذلك لو حكم الطرفان صبيا وبعد بلوغه حكم فلا ينفذ حكمه مع أنه في الشهادة ينظر في الأهلية وقت الأداء ولا ينظر فيها إلى وقت الأداء والتحمل معا (٢٥٠).

ويؤخذ من هذا أنه إذا تخلف في المحكم شرط من الشروط التي يجب توفرها فيه وقت التولية بعد توليته فإنه يؤثر على المحكم ويفقده الاعتبار الشخصي الذي يجب توفره فيه, فيخرج بذلك عن أهلية التحكيم لأنها تعد شروط ابتداء وبقاء.

وأما بالنسبة لشروط الندب والاستحباب لا يؤثر ذلك على أهلية التحكيم وإنما على كما التحكيم.

ويتعلق بمسألة خروج المحكم عن أهلية لتحكيم مسألة عزل المحكم إذا فقد شرطاً من شروط الأهلية فهل ينعزل بمجرد فقده الشرط, أم لابد من عزله ممن ولَّاه التحكيم – المحتكمين– ؟

ولما كان التحكيم يدور بين القضاء والوكالة – كما سبق ذكره– فسوف نعرض لمسألة عزل القاضي إذا خرج عن أهلية القضاء, وعزل الوكيل إذا خرج عن أهلية الوكالة, ثم نبين ما يتناسب مع المحكم في هذه المسألة:

أ– عزل القاضي إذا خرج عن أهلية القضاء:

اختلف الفقهاء في مسألة عزل القاضي إذا خرج عن أهلية القضاء بمجرد فقد شرط من شروط تولية القضاء وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن القاضي لا ينعزل بمجرد تخلف شرط من شروط التولية فلابد من عزله ممن له ولاية العزل.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف(٢٥١) والمالكية (٢٥٢), والحنابلة في رواية(٢٥٣)

---

(٢٥٠) الأشباه والنظائر : لابن نجيم, مرجع سابق, ص ٢٤٥" وجاء فيه : *إذا فسق القاضي فإنه ينعزل*", درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر, مرجع سابق, ج ٤, ص ٦٤٠, المادة " ١٧٩٤",

كشاف القناع عن متن الإقناع : للبهوتي, مرجع سابق, ج٦, ص ٢٩٧ وجاء في باب القضاء : *وما يمنع التولية ابتداء يمنعها دواما إذا طرأ ذلك عليه لفسق أو زوال عقل فينعزل بذلك*"

وقد اختلف الفقهاء في الشروط التي يجب توفرها في المحكم تبعاً لاختلافهم في الشروط التي يجب توفرها في القاضي, راجع ما سبق من هذا البحث ص فيما يتعلق بالشروط اللازم توفرها في المحكم.

الـرأي الثـاني: يـرى أصـحابه أن القاضـي ينعـزل بمجـرد تخلـف شـرط مـن شروط التولية.

وإلى هذا الرأي ذهب الشافعية [٢٥٤] والحنابلة في رواية ثانية[٢٥٥]

الأدلة:

<u>استدل أصحاب الرأي الأول القائل:</u>بأن القاضي لا ينعزل بمجرد تخلف شرط من شروط التولية فلابد من عزله ممن له الولاية لما ذهبوا إليه بالمعقول:

فقالوا: إن عزل القاضي بمجرد تخلف شرط من شروط التولية فيه تعدٍ على المتقاضين, ولما في هذا من عدم استقرار في الأحكام فلا ينعزل القاضي بمجرد تخلف شرط من شروط التولية بل لابد من عزله ممن له الولاية لذلك.

---

(٢٥١) البحر الرائق : لابن نجيم, مرجع سابق, ج ٦, ص ٢٨٣, درر الحكام شرح مجلة الأحكام : لعلي حيدر, مرجع سابق, ج ٤, ص٥٣٠.

(٢٥٢) منح الجليل : لمحمد عليش, مرجع سابق, ج ٨, ص ٢٥٨, *ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله : يعني أن القاضي إذا حكم وهو متصف بصفة من هذه الصفات فإن حكمه ينفذ حيث كان صوابا وسواء تولى وهو على تلك الهيئة أو طرأ عليه* ***ويجب عزله*** *لتعذر غالب الأحكام منه والأمي كالأعمى وتجوز توليته للفتوى"* الشرح الصغير: للشيخ أحمد الصاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ١٩١, *" ووجب عزل أعمى أو أصم أو أبكم, ولو طرأ عليه بعد توليه"ونفذ حكمه إن وقع صواباً لأن اتصافه بالثلاثة واجب غير شرط وفقد اثنين منها مضر لا ينفذ به حكمه إذا لا تنعقد ولايته بفقد اثنين , أما فاقد الثلاثة لا تصح معامتله"* فهذا يدل على عدم انعزاله بمجرد فقد شرط فلابد من عزله.

(٢٥٣) الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٧٠, الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة , مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٢١.

(٢٥٤) الأشباه والنظائر: للسيوطي, مرجع سابق, ص ٢٧٤" ينعزل القاضي بجنونه وإغمائه" " يبطل بالجنون كل عقد جائز كالوكالة"

(٢٥٥) الإقناع في فقه الإمام أحمد: للحجاوي, مرجع سابق, ج ٤, ص ٣٧٠, الكافي في فقه الإمام أحمد : لابن قدامة , مرجع سابق, ج ٤, ص ٢٢١.

واستدل أصحاب الرأي الثاني القائل: بأن القاضي إذا تخلف شرط من شروط التولية فإنه بنعزل بمجرد تخلف الشرط لما ذهبوا إليه بالمعقول:

فقالوا: إن شروط تولية القاضي القضاء هي شروط ابتداءٍ وبقاء فيجب توفرها في القاضي حتى يكون صالحاً للقضاء فإذا تخلف شرط منها انعزل بمجرد تخلف الشرط, فإذا فات الشرط انتفى المشروط.

الرأي المختار : إن الرأي المختار في هذه المسألة هو الرأي القائل بأن القاضي إذا فقد شرطاً من شروط التولية يجب عزله ممن له الولاية في ذلك لتعلق حق المسلمين – المتقاضين– به فلا ينعزل بمجرد فقده للشرط استقراراً للأحكام .

والله أعلم ,,,

ب– *عزل الوكيل إذا خرج عن أهلية الوكالة:*

اختلف الفقهاء في مسألة عزل الوكيل إذا فقد شرطاً من شروط الأهلية فهل ينعزل الوكيل بمجرد فقده الشرط[٢٥٦], أم لابد من عزل الموكل له [٢٥٧], وكان اختلافهم على رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن الوكيل إذا خرج عن أهلية التوكيل فإنه ينعزل بمجرد خروجه.

وإلى هذا الرأي ذهب الأحناف [٢٥٨] , والشافعية [٢٥٩], والحنابلة [٢٦٠].

الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الوكيل إذا خرج عن أهلية التوكيل لا ينعزل به بل يجب عزله من الموكل.

وإلى هذا الرأي ذهب المالكية في قول [٢٦١] والشافعية في قول [٢٦٢].

---

(٢٥٦) ويقصد بعزله هنا أي بطلان الوكالة بمجرد خروجه عن الوكالة.

(٢٥٧) فلا تبطل الوكالة فهي باقية حتى يعزله الموكل عن الوكالة.

(٢٥٨) الفتاوى الهندية: للشيخ نظام وجماعة ما علماء الهند, مرجع سابق ٣, ج, ص ٦٣٨, بدائع الصنائع: للكاساني, مرجع سابق, ج ٦, ص ٣٨.

(٢٥٩) تكملة المجموع شرح المهذب : للمطيعي, مرجع سابق, ج١٤, ص ١٥٦, الوسيط : للغزالي, مرجع سابق, ج٣, ص ٣٠٦, وذكر أنه الأصح

(٢٦٠) الإقناع : للحجاوي, مرجع سابق, ج ٢, ص ٢٣٦,

(٢٦١) منح الجليل : لمحمد عليش, مرجع سابق, ج ٦, ص٤١٧,وهو قول ابن عرفة المازري.

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول القائل:بعزل الوكيل بمجرد فقده شرطاً من شروط الأهلية بالمعقول:

فقالوا: إن الوكيل بفقده الأهلية أو شرطاً منها يخرج عن الوكالة وتسقط أهليته دون التوقف على عزل الموكل له, وذلك لأن خروج الوكيل عن أهلية الوكالة مبطل للوكالة والبطلان لا يحتاج إلى إرادة الموكل لإيقاعه, ولأن في البطلان عزل حكمي للوكيل عن الوكالة, فينعزل الوكيل بمجرد فقده أهلية التوكيل دون حاجة إلى عزله من الموكل.

و ***استدل أصحاب الرأي الثاني القائل:*** بأن الوكيل لا ينعزل إذا فقد شرطاً من شروط الأهلية بل يعزله الموكل بالمعقول:

فقالوا: إن الوكيل يعمل باسم الموكل ولحسابه فإذا فقد شرطاً من الشروط بعد توليه الوكالة فإن هذا لا يؤثر على الوكالة فلا تنتهي بل يجوز للموكل عزله فيبقى الوكيل في الوكالة إذا رضي الموكل بذلك.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن الشروط التي يجب توفرها في الوكيل هي شروط ابتداء وبقاء الوكالة فإذا تخلف شرط منها بطلت الوكالة قياساً على الموت, وإذا أراد الموكل تجديد العقد مع الوكيل إذا توفرت الشروط بعد ذلك فلا مانع .

الرأي المختار: الرأي القائل بأن الوكيل إذا خرج عن أهلية التوكيل فإنه ينعزل بمجرد فقده الأهلية أو شرطاً منها دون حاجة إلى عزل الموكل له, لأن الوكيل إذا فقد الأهلية تنتهي وكالته وفي انتهاء الوكالة عزل للوكيل عنها.

والله أعلم ,,,

عزل المحكم إذا خرج عن أهلية التحكيم:

وبتطبيق ما سبق على مدى جواز عزل المحكم إذا فقد شرطاً من شروط الأهلية فإنه بناءً على اعتبار المحكم قاضياً خاصاً في الدعوى فإن المحكم إذا فقد شرطاً من شروط الأهلية بعد تحققها فإنه ينعزل بمجرد خروجه عن أهلية التحكيم.

استناداً إلى :أن المحتكمين حينما اختاروا المحكم للتحكيم في الخصومة كان أهلاً للفصل في المنازعة بينهم, وبما له من القدرة على الفصل في النزاع أما

---

(٢٦٢) الوسيط : للغزالي, مرجع سابق, ج٣, ص ٣٠٦, وهو ضعيف, حاشية البجيرمي, مرجع سابق, ج ٣, ص ٥٠.

خروجه من أهلية التحكيم بعد تحققها فإنه يكون قد فقد الاعتبار الشخصي الذي كان متوفراً فيه وقت التولي بما يؤثر هذا على صلاحيته للتحكيم وينعزل بمجرد خروجه, وبذلك لا يكون أهلاً لصدور الحكم في النزاع, وإذا صدر منه الحكم في الدعوى كان الحكم غير نافذ لفقده أهلية التحكيم.

الخاتمة

إن موضوع الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم من الموضوعات الهامة عند البحث في التحكيم, وهو من الموضوعات التي يعتمد عليها الباحثون عند تناول موضوع التحكيم بالبحث والدراسة سواء في الدراسة الفقهية أو الدراسة القانونية, ولقد اهتم الباحثون بموضوع التحكيم في جوانبه المختلفة, ومع هذا الاهتمام فإن الباحثين لم يفردوا هذا الموضوع بدراسة مستقلة معمقة سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الوضعي, مما دفعني لدراسة هذا الموضوع وإفراده بدرسة مستقلة .

ولقد وجدت عند البحث في هذا الموضوع أن الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم له عدد من الأسس والقواعد التي يبنى عليها سواء أكانت هذه التي تتمثل في الشروط التي تتعلق بالتحكيم سواء في عقد التحكيم ذاته أم في أطراف التحكيم, كما وجدت أيضاً أن للاعتبار الشخصي عدداً من الأثار التي تترتب عليه والتي تؤثر على عملية التحكيم, وسوف أعرض في هذه الخاتمة إلى ما توصلت إليه في هذه الدراسة من نتائج وتوصيات:

أولاً : النتائج :

ولقد توصلت من هذه الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها:

أولاً: إن مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم له أهمية تظهر في عدد من الجوانب منها :

أ- إن الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم له جانبان :

الأول: شخصية المتنازعين – المحكمين– من جانب.

الثاني: شخصية المحكم من جانب آخر.

ب- إن شخصية المحكم ذات اعتبار في مجال التحكيم, فشخصيته تعد الباعث الأهم للتعامل والتعاقد معه من أجل القيام بالتحكيم والفصل في المنازعة بين الخصوم, وهذا يعني أن صفات المحكم لها أهمية في عملية التحكيم ذاتها حيث يمتاز بالعديد من الصفات الجوهرية التي دفعت الخصوم لاختياره للفصل في المنازعة دون غيره .

ج- إن الاعتداد بالاعتبار الشخصي في مجال التحكيم لاختيار المحكم لا يرجع إلى سبب واحد بل يرجع إلى عدد من الأسباب فقد يكون

سبب اختيار المحكم هو توفر سبب اجتماعي, أو نفسي, أو اقتصادي, كما قد يكون راجعاً إلى توفر صفات تتصل بشخص المحكم كالسمعة, أو الكفاءة, أو الخبرة, أو غير ذلك.

د- إن التحكيم في الأصل انه من العقود الجائزة التي يجوز فسخها دون أن تقع على أطرافها تبعات, وهذا إذا كان التحكيم بدون مقابل, أما إذا كان التحكيم بمقابل وتوفرت شروطه فإن المحكم الذي تم اختياره للفصل في المنازعة يكون ملزماً بالنظر في المنازعة ما لم يوجد مانع من النظر في الدعوى ابتداءً أو وجد أثناء نظر الدعوى.

ثانياً : إن الاعتبار الشخصي في الغالب الأعم يظهر واضحاً جلياً في جانب المحكم – ويكون ذلك من خلال القناعة التي توجد عند الخصوم في أن المحكم لديه القدرة على الفصل في المنازعة محل التحكيم- إلا أن الاعتبار الشخصي يتوفر كذلك في الخصوم أنفسهم فيتحقق في الجانبين كذلك.

ثالثاً: إن الاعتبار الشخصي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بأهلية المحتكمين للجوء للتحكيم, كما يرتبط كذلك بأهلية المحكم لتولي التحكيم والفصل في المنازعة، لذا يشترط في المحتكم والمحكم توفر أهلية التحكيم حتى يكون التحكيم صحيحاً.

رابعاً: إن أهلية المحكتمين ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقدرة الشخص على إبرام عقد الصلح, فمن يملك الصلح يملك التحكيم باعتبار أن التحكيم غالباً ما يتنازل الشخص عن بعض حقه قطعاً للمنازعة.

خامساً : إن أهلية المحكم للتحكيم ترتبط بعدد من الجوانب في الأهلية " أهلية الشهادة, والقضاء والوكالة"

فيشترط في المحكم توفر شروط الشاهد – باعتبار أهلية الشهادة –, ويشترط فيه كذلك شروط القاضي باعتبار أهليته للقضاء – وإن كان يعد قضاءً خاصاً فهو أدنى ولاية من القضاء–, كما يشترط فيه أهلية الوكالة باعتبار أنه وكيل عن الخصوم – في بداية عملية التحكيم– للنظر في الدعوى والفصل في النزاع.

سادساً : ترتبط أهلية المحتكم والمحكم بالشروط التي لابد من توفرها فيهم: ويؤخذ هذا مما ذكر من أراء الفقهاء في الشروط التي تتعلق بالتحكيم, ونجد

أن هذه الشروط منها ما هو شروط صحة ووجوب وتولية للتحكيم, ومنها ما هو شروط كمال وندب, واستحباب في المحكم والمحتكمين:

فأما شروط الصحة فهي:

أولاً : ما يتعلق بالمحتكم: فيشترط في المحتكم أن يكون أهلاً لتولية غيره لفض المنازعة القائم بينه وبين غيره, وهذه الأهلية يشترط لتحققها أن يكون المحتكم **عاقلاً بالغاً.**

ثانياً : ما يتعلق بالمحكم : فيشترط في المحكم توفر أهلية الشهادة, والقضاء معاً حتى تكون عملية التحكيم صحيحة ومنتجة لأثارها.

فيجب أن تتوفر في المحكم الشروط الأتية:

١) **الشرط الأول:** التكليف: فيجب أن يكون المحكم مكلفاً, والتكليف يقتضي أن يكون المحكم عاقلاً – بالغاً–

٢) **الشرط الثاني:** الإسلام : فإذا كان الخصوم مسلمين يجب أن يكون المحكم مسلماً, لما في التحكيم من معنى القضاء والولاية؛ والولاية على المسلم قاصرة للمسلم فقط فلا ولاية لغير المسلم على المسلم.

٣) **الشرط الثالث:** التعيين: فيجب أن يكون المحكم معيناً معلوماً للمحتكمين فلا يصح التحكيم إذا كان المحكم مجهولاً للمحتكمين(٢٦٣), والتعيين قد يكون بالشخص أو توفر صفة من معينة من الصفات.

٤) **الشرط الرابع** :العدالة: فيجب أن تتوفر في المحكم صفة العدالة لما في التحكيم من وجود معنى القضاء الذي يبتغى منه إيصال الحق لأصحابه, كما أن **الفاسق**(٢٦٤) ليس أهلاً للشهادة ومن كان غير أهلٍ للشهادة فلا يكون أهلاً للتحكيم, كما أن العدالة هي المعينة على الصدق, وهي علة الحجية ومن تعاطى غير الكذب من محظورات دينه قد يتعاطاه.

٥) **الشرط الخامس:** العلم والمعرفة: يشترط في المحكم أن يكون من أهل العلم والمعرفة ويكون مجتهداً حتى يتمكن من الوصول إلى الحكم وإيصال الحق إلى

---

(٢٦٣) ولا يقصد بالعلم والتعيين : أن يكون المحتكمون عالمين بالمحكم قبل عملية التحكيم, ولكن المقصود به أن يكون المحكم محدداً من قبل المحتكمين.

(٢٦٤) المحدود في القذف

مستحقيه, أما إذا كان جاهلاً فإن هذا يؤثر على التحكيم إذا لم يقم المحكم بمشاورة غيره من أهل الخبرة والمعرفة للوصول إلى الحكم بأن اعتمد على رأيه وهو جاهل فإن الحكم الصادر منه يكون صادراً عن جهل وعدم معرفة فيكون باطلاً وهذا باتفاق الفقهاء.

أما إذا كان المحكم من غير أهل العلم والمعرفة وشاور غيره من أهل العلم والمعرفة فهنا ينسب الحكم إليهم فكانه صدر منهم ويكون صحيحاً, أم إذا كان المحكم جاهلاً ولم يشاور أهل العلم والمعرفة فإن الحكم يكون غير صحيح حتى لا يقوم التحكيم على الاحتمال أي احتمال أن يقوم المحكم بمشاورة غيره من أهل العلم والاجتهاد أو لا يقوم بالمشاورة – وبهذا يقوم التحكيم على اليقين لا الاحتمال–.

٦) **الشرط الرابع** : سلامة الحواس: فيشترط في المحكم أن تكون حواسه سليمة حتى يستطيع أن يتواصل مع المحتكمين بأن يسمعهم وينظر إليهم وينطق بالحكمو وإذا فقد حاستين من حواسه أثر هذا على أهليته للتحكيم.

وأما شروط " الكمال" – الندب والاستحباب– فهي:

أولاً : مايتعلق بالمحتكم: يشترط في المحتكم أن يكون كامل الأهلية رشيداً أي لديه القدرة على القيام بكآفة التصرفات الشرعية, ولديه القدرة على إبرام عقد الصلح, وذلك لأن التحكيم يتضمن الصلح في أغلب الأمور, فيندب أن يكون المحتكم ممن يملك إبرام عقد الصلح .

ثانياً : ما يتعلق بالمحكم : فيشترط في المحكم عدد من الشروط :

١) **الشرط الأول**: الإسلام: أن يكون المحكم مسلماً إذا كان التحكيم بين غير المسلمين, فإذا كان التحكيم بين المسلمين فالإسلام شرط صحة للتحكيم– كما سبق ذكره– .

٢) **الشرط الثاني**: الذكورة: فالذكورة شرط ندب وكمال للمحكم فالأولى والأفضل أن يكون المحكم رجلاً سواء أكان التحكيم في الأموال أو في غيرها, لما في ذلك من صيانة المرأة من أن تقتحم محافل الرجال خاصة القضاء الذي يتنازع فيه كل خصم خصمه محاولاً التأثير على المحكم لإثبات حجته .

٣) **الشرط الثالث:** العدالة: فالعدالة التي هي شرط ندب واستحباب في التحكيم هي :"اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر[٢٦٥]" فيندب أن يكون المحكم عدلاً حتى يوصل الحقوق إلى أصحابها أما إذا لم تتوفر فيه صفة العدالة فيؤثر هذا على التحكيم لما في ذلك من التدليس والغش سواء من المحتكم الذي اختار هذا الشخص للفصل في النزاع, أو من المحكم ذاته لفوات صفة العدالة فيه, التي أمر الله بها عند الحكم بين الناس, قال تعالى **(وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ)** [٢٦٦] وغير العدل أنى يتأتى منه العدل فيشترط في المحكم أن يكون عدلاً.

٤) **الشرط الرابع** : سلامة كآفة الحواس: فيشترط في المحكم اجتماعه كونه سميعاً بصيراً ناطقاً حتى يستطيع سماع كلام الخصوم ويفهمه, وينظر إليهم, ويناقشهم فيما يدعون وينطق بالحكم .

سابعاً : يقوم الاعتبار الشخصي بدور رئيسي وفاعل في الأثار التي تترتب على التحكيم ويظهر هذا في عدد من الجوانب منها:" في نطاق التحكيم, وفي حجية الحكم الصادر من المحكم, وفي عدم توفر الاعتبار الشخصي في أطراف التحكيم"

فأما عن نطاق التحكيم: فإن الاعتبار الشخصي له دور فاعل في نطاق التحكيم سواء أكان هذا في النطاق الموضوعي للتحكيم أو في النطاق الشخصي .

أ- **النطاق الموضوعي للتحكيم:** يرتبط النطاق الموضوعي للتحكيم بالاعتبار الشخصي, من حيث إن الموضوعات التي يجوز فيها التحكيم هي الموضوعات التي ترتبط بحقوق العباد, وليس هذا فحسب بل إنها ترتبط بالموضوعات التي يجوز فيها لأطراف التحكيم الصلح والإبراء, ولهذا فإن للاعتبار الشخصي دوراً في تحديد النطاق الذي يدور التحكيم في فلكه.

---

(٢٦٥) الموسوعة الفقهية الكويتية, مرجع سابق, ج ٢٩, ص ٢٩٨, وعرفت كذلك بأنها : "استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله".

(٢٦٦) سورة النساء جزء من الأية رقم (٥٨) .

ب-**النطاق الشخصي للتحكيم:** من أهم المظاهر التي يظهر فيها مبدأ الاعتبار الشخصي واضحاً جلياً النطاق الشخصي للتحكيم, حيث يتم تحديد نطاق التحكيم بالأشخاص الذين لجأووا إلى التحكيم " وهم المحتكمون", وكذلك الأشخاص الذين يقومون بالتحكيم " وهم المحكمون" فيظهر نطاق الاعتبار الشخصي للتحكيم جانبين هما:

أ- **النطاق الشخصي للمحتكمين** حيث يشترط في المحتكمين عدداً من الشروط التي لابد من توفرها وهي اشتراط أن يكون كل واحد من المحكتمين كامل الأهلية, ويملك الصلح أو الإبراء في المال الذي هو محل التحكيم.

ب- **النطاق الشخصي للمحكمين:** فيقوم الاعتبار الشخصي بدور هام في الشروط التي تتعلق بالمحكمين سواء أكانت هذه الشروط شروطاً واجبةً لتولي المحكم مهمة التحكيم, أم كانت شروطاً لكمال عملية التحكيم.

وأما عن حجية حكم التحكيم: فمن الجوانب التي يظهر فيها الاعتبار الشخصي مظهراً هاماً حجية حكم التحكيم حيث إن حكم التحكيم له حجية قاصرة على الأشخاص الذين لجأووا إلى التحكيم فلا يمتد التحكيم إلى غير المحتكمين وسلفهم العام والخاص.

واما عن تخلف الاعتبار الشخصي في التحكيم: فيأخذ تخلف الاعتبار الشخصي في مجال التحكيم إحدى صورتين :

الأولى: أن يتخلف الاعتبار الشخصي من بداية التحكيم: أي أن يتم فقد شرط من شروط التحكيم سواء في المحكم أو المحتكم من أول عملية التحكيم: فيتأثر الاعتبار الشخصي بفقد شرط من شروط المحتكم أو المحكم, وتأثر الاعتبار الشخصي يرتبط بالشرط الذي فقد في المحتكم أو المحكم, من حيث كونه شرط وجوب أم شرط كمال.

فإذا كان شرط وجوب وتولية فإن المحكم لا يجوز له أن يتولى التحكيم ويكون الحكم الذي يصدر حكماً باطلاً لا أثر له.

وإذا كان الشرط شرط كمال فإن المحكم يجوز له أن يحكم في دعوى التحكيم دون أن يؤثر ذلك على الحكم الصادر منه .

الثانيـة: أن يخـرج المحكـم عـن أهليـة التحكيم بعـد تحققهـا: فـإذا خـرج المحكم عن أهلية التحكيم بعد تحققها فيه فإن هذا يؤثر على الاعتبار الشخصي للمحكم بما يؤثر على الحكم الصادر منه, وننظر إلى الشرط الذي فقده المحكم بعد توليه التحكيم هل هو شرط وجوب وتولية أم أنه شرط ندب وكمال ؟

فإذا تخلف في المحكم شرط وجوب وتولية بعد أن كان متحقق فيه وقبل صـدور الحكـم أثـر ذلـك علـى الحكـم فـلا يجـوز للمحكـم أن يحكـم فـي الدعوى محل التحكيم بناءً على أن شروط الوجوب هي شروط ابتداء وبقاء, أما إذا تخلف شرط من شروط الكمال والندب فلا يؤثر ذلك على أهلية المحكم للحكم في الدعوى.

التوصيات:

ومن خـلال البحـث والدراسـة فـي هذا الموضـوع فقد توصـلت إلـى عـدد من التوصيات أهمها:

فـي الجانـب القـانوني والعملـي: أنـه يجـب علـى واضـع القـانون الأخـذ فـي الاعتبار الأراء الفقهية التي ذكرها الفقهاء في كتبهم , فالفقه الإسلامي ذاخر وكتبه مملوءة بـالفكر السـديد لكـل مـا يتعلـق بالمشـكلات والقضـايا سـواء أكـان الموضـوع يتعلق بالتحكيم أو غيره من القضايا .

وفـي مجـال التحكـيم خاصـة : يجـب علـى واضـع القـانون التـدخل بتنظـيم الشروط التي تتعلق بالمحكم بحيث تتناسب مع قيامه بعمله بفض المنازعات التي تقع بين الأشخاص, وتتناسب كذلك مع مركزه الفقهي والقانوني, وعدم ترك الشروط التـي تتعلـق بـالمحكم دون تنظـيم, فواضـع القـانون لـم يشـترط فـي المحكـم شـروطاً محددة لتولي التحكيم فقد اكتفى باشتراط أن تكون هيئة التحكيم عددها وتراً, أما غير ذلك من الشروط فقد ترك الأمر لإرادة المتحاكمين الأمر الذي قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى الوقوع في مشكلات عملية منها على سبيل المثال وقوع غش من المحكم أو من أحد أطراف التحكيم, أو صدور الحكم من المحكم على غير بينة وجهل لعدم اشتراط كون المحكم من أهل العلم والمعرفة,

أهم المراجع

أولاً: القران الكريم

ثانياً: التفسير

- **الجامع لأحكام الـقرآن:** لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الطبعة الثانية(١٤١٦هـ - ١٩٩٦م ، دار الحديث، القاهرة –مصر.

ثالثاً : كتب السنة وشروحها

- **السنن الكبرى :** لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، الطبعة: الأولى ١٣٤٤ هـ ، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد.
- **صحيح البخاري بـ شرح ـفتح الـ ـباري:** للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، دار القلم للتراث، القاهرة –مصر.
- **صحيح مسلم بشرح الـ ـنووى:** للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى، الطبعة :الثالثة(١٤١٩هـ ١٩٩٨م)، دار الحديث، القاهر– مصر.
- **المستدرك على الصحيحين :** لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان.
- **الجامع الصحيح "سنن التر ـمذي":** لأبي عيسى محمد بن سورة الترمذي: دار إحياء التراث العربي، بيروت– لبنان.

رابعاً:كتب اللغة

- **تاج العروس من جواهر القاموس:** لمحب الدين محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي، مكتبة الحياة، بيروت– لبنان.
- **التعريفات:** للعلامة على بن محمد الجرجاني، دار الكتاب المصري، القاهرة – مصر.

- **القاموس المحيط:** العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: طبعة (١٤١٥هـ- ١٩٩٥م)، دار الفكر، بيروت- لبنان.
- **لسان العرب:** العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤)، دار الفكر، بيروت- لبنان.
- **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير:** العلامة أحمد بن محمد بن على المقري الفيومي، الطبعة السادسة ١٩٢٥م، المطبعة الأميرية، القاهرة.
- **المعجم الوسيط:** مجموعة:" إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار"، الطبعة الثانية، مجمع اللغة العربية، القاهرة.

خامساً:كتب المذاهب الفقهية

أ-المذهب الحنفي

- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق:** للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم الحنفي، الطبعة الأولي (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:** للإمام علاء الدين أبو بكر ابن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.
- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق:** لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، الطبعة الأولى ١٣١٤هـ، المطبعة الأميرية ببولاق ، القاهرة – مصر.
- **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار " حاشية ابن عابدين" :** محمد أمين عابدين، دار الفكر العربي، بيروت – لبنان .
- **كنز الدقائق:** لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بالنسفى، الطبعة الأولي (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.(وهو أصل البحر الرائق)

- **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر:** للشيخ عبد الله بن محمد ابن لسليمان المعروف بداماد أفندي، دار الكتب العلمية، مكان النشر: بيروت– لبنان.
- **الهداية شرح بداية المبتدى:** لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن على بن عبد الجليل المرغيناني، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.

ب -المذهب المالكي

- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد:** للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد ابن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبى، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ ١٩٩٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- **بلغة السالك لأقرب المسالك :**للشيخ أحمد بن محمد الصاوى، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة– مصر.
- **التاج والإكليل لمختصر خليل:** للإمام أبي عبد الله محمد بن يوسف ابن أبي القاسم العبدرى الشهير بالمواق، الطبعة الأولى(١٤١٦هـ/١٩٩٥م)، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان"٠مطبوع بهامش مواهب الجليل"
- **جواهر الإكـ ـيل :**للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهري، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان.
- **حاشية الخرشى:**للإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الله علي الخرشي، الطبعة الأولي (١٤١٧هـ ١٩٩٧م) دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان.
- **حاشية الدسوقى :** للإمام شمس الدين محمد عرفة الدسوقى، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة– مصر.

جـ -المذهب الشافعي

- **أسني المطالب شرح روض الطالب:**للشيخ زكريا بن محمد ابن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي.
- **تكملة المجموع شرح المهذب:**للشيخ محمد بخيب المطيعي، الطبعة الثانية، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، "مطبوع مع كتاب المجموع"

- **حاشية البجيرمي على الخطيب:** للشيخ سليمان بن محمد البجيرمي، دار الفكر، بيروت–لبنان.
- **الحاوى الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى شرح مختصر المزنى:** للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى، الطبعة الأولي ١٤١٤هـ ١٩٩٤م،بيروت– لبنان .
- **المجموع شرح المهذب:** لشيخ الإسلام أبي زكريا محى الدين يحيى ابن شرف النووى، الطبعة الثانية، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية.
- **الوسيط في المذهب : لشيخ الإسلام** أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الطبعة الأولي (عام ١٤١٧هـ) ، دار السلام.

د – المذهب الحنبلي

- **الإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف:** للشيخ على بن سليمان ابن أحمد المرداوي، دار إحياء التراث العربي، القاهرة – مصر.
- **الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المقنع:** للشيخ منصور ابن يونس بن إدريس البهوتي، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ – ١٩٩٣م)، مكتبة دار البيان، دمشق – سوريا.
- **الشرح الكبير:** للعلامة لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن أبي عمر بن أحمد بن قدامه المقدسي، طبعة:(١٤٠٣هـ– ١٩٨٣م)، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان.
- **الكافى في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل:** لشيخ الإسلام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسى، الطبعة الثالثة(١٤٠٢هـ –١٩٨٢م)، المكتب الإسلامى، بيروت، لبنان.
- **كشاف القناع عن متن الإقناع :** للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان.

- **المغني :**للعلامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامه، طبعة: (١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م)، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان.

هـ -المذهب الظاهري

المحلى بالآثار: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، طبعة دار الفكر، بيروت – لبنان.

سادسا:كتب السياسة الشرعية :

أدب القاضي : لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي, المتوفى عام ٤٥٠هـ , الجمهورية العراقية رئاسة الأوقاف, إحياء التراث الإسلامي, طبعة ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م, مطبعة العاني – بغداد , نسخة محققة قام بها " محيي هلال السرحان".

سابعاً : الرسائل العلمية والأبحاث:

- **رهام عواد : التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي,** بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية, العدد (١٨) نوفمبر ٢٠١٨م , مشار إليه في دار المنظومة تحت رابط http://search.mandumah.com/Record/952٠٩٣
- **سحر محمد أحمد درة** : نسبية أثر اتفاق التحكيم دراسة مقارنة في القانون المصري والمقارن, رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس في عام ٢٠١٦.
- **عائشة محمود جاسم الذوادي:** التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المصري والكويتي رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس في عام ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م .
- **عبد المعبود محمد عبد المعبود** : النطاق الشخصي والموضوعي

لاتفاق التحكيم, رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس في عام ٢٠١٩.

- **علي صالح مراد , أد: إسماعيل كاظم العيساوي** : الاعتبار الشخصي للمكلف وأثره في المعاملات المالية: بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة الشاريقة , المجلد (٢٠) العدد (١), ديسمبر ٢٠١٨م.
- **كمال عبد الحميد عبد الرحيم فزاري**: أثار حكم التحكيم في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية, رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس في عام ٢٠٠٠م.
- **محمد الزحيلي** : التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر, بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية, المجلد (٢٧) , العدد (٣)عام ٢٠١١م .
- **محمد سعيد علي الشيبة** : الطبيعة القانونية للتحكيم في مصر ودول الخليج , رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس في عام ٢٠١٦.
- **مشعل حياة جوهر حياة:** مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة " دراسة وفقاً للقانون الكويتي والقوانين المقارنة:, بحث منشور في مجلة كلية الحقوق– جامعة الكويت, المجلة (٣٣) , العدد (١) ربيع آخر/مارس, عام ٢٠٠٩. مشار إليه في دار المنظومة تحت رابط

  http://search.mandumah.com/Record/474497
- **نور إياد حسن:** الاعتبار الشخصي وأثره في انتقال الحق للخلف الخاص,بحث منشور في مجلة العلوم القانونية – جامعة بغداد " عدد

خاص بالتدريسيين وطلبة الدراسات العليا, العدد (٢) عام ٢٠٢٠م .

- **هـيلان عـدنان أحمـد** : الاعتبـار الشخصـي فـي التعاقـد : بحـث منشـور فـي مجلـة كليـة القـانون للعلـوم القانونيـة والسياسـية, الجامعـة العراقيـة, المجلـد (٨) العـدد (٢٩) مـايو عـام ٢٠١٩. مشـار إليـه فـي دار المنظومـة تحـت رابـط : http://search.mandumah.com/Record/1029146

- **ياسر أحمد بدر محمد:** أثر الاعتبار الشخصي في تكوين وتنفيذ العقد في مصر, رسالة دكتوراة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس في عام ٢٠١٤.

ثامناً : الكتب الحديثة

- **إسماعيل الأسطل:** التحكيم في الشريعة الإسلامية, مكتبة النهضة العربية, القاهرة – مصر.

- **سيد أحمد محمود** : التحكيم العادي (التحكيم الاختياري أو الفردي) في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي" الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ-١٩٩٨ م.

- **نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي:** التحكيم في القوانين العربية " دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة العربية",طبعة ٢٠٠٦م , المكتب الجامعي الحديث, الإسكندرية – مصر.

- **هبة بدر صادق أحمد** : الحجية المتعدية للأحكام القضائية " دراسة

لتحديد النطاق الشخصي والموضوعي لحجية الأمر المقضي في ضوء أراء الفقه والقضاء, ٢٠١٣, بدون ذكر دار النشر.

تاسعاً : المواقع الالكترونية

- **موقع بنك المعرفة المصري** www.ekb.eg
- **موقع دار المنظومة.** www.mandumah.com
- **موقع مكتبة نور:** www.noor- book.com
- **موقع المكتبة الشاملة:** https://al-maktaba.org/search
- **المكتبة الوقفية :** https://waqfeya.net